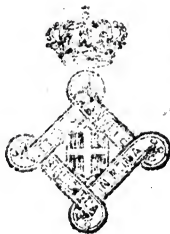
L'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

E

LA GIURISDIZIONE CIVILE

PER B. ZAVATERI

PROFESSORE DI PROCEDURA CIVILE NELLA R. UNIVERSITÀ
DI BOLOGNA.

PISTOIA,

SOCIETA' TIPOGRAFICA PISTOIESE,

Carducci, Bongiovanni e C.

1867.

Questo lavoro sull'Ordinamento Giudiziario e sulla Giurisdizione Civile dovrebbe, secondo la mente dell'autor suo, servire agli studiosi come da guida, non certo disattenta ma neppur troppo verbosa, per cotesta importantissima provincia delle scienze giuridiche. Al qual uopo ha creduto esso autore di meglio conferire, accompagnando all'esposizione dei principii il diritto positivo secondo la novissima legislazione italiana. Il diritto positivo in fatto, qualunque forma rivesta, è insomma quella legge che veramente governa le attinenze giuridiche: indispensabile adunque ne si mostra la cognizione di esso — Vero è che sì fatta cognizione, se scompagnata dai principii razionali, farebbe capo a un gretto ed infecondo empirismo; a quel modo che una pura esposizione dei principii non riuscirebbe guari a miglior fine, ove non

discendesse dalle alte e mal determinate sfere dell'astrazione: così la luce andrebbe perduta per la immensità degli spazii, quando non esistessero i corpi, che da essa illuminati divengon visibili — Solo per quest' accordo della cognizione del diritto positivo con quella dei principii razionali pare all' autore che si giungerà più facilmente a vedere quel che sia stato fatto e quel che per avventura rimanga a fare: solo per questa via lo studio del diritto sarà veramente proficuo e degno di chi aspira al nome di giureconsulto. — Ciò considerando spera l'autore che il lavoro il quale ei vien presentando ai lettori, comunque tenue per sè e sopra una materia che non lascia quasi possibilità a dir cose nuove, non abbia tuttavia a tornare inutile affatto.

B. ZAVATERI

SOMMARIO

TITOLO PRELIMINARE

LA COMPOSIZIONE AMICHEVOLE, OSSIA LA CONCILIAZIONE.

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO CIVILE

TITOLO I.

NOZIONI GENERALI.

TITOLO II.

IL GIUDICE TEMPORANEO, OSSIA LA GIUSTIZIA POPOLARE

§ 10. Il Compromesso.

§ 11. Capacità di compromettere.

§ 12. Oggetto del compromesso.

§ 13. Forma del compromesso.

§ 14. Effetti del compromesso.

§ 15. Tribunale degli arbitri.

§ 22. Cassazione.

§ 23. Opposizione di terzo.

§ 24. Azione di nullità.

TITOLO III.

IL GIUDICE PERMANENTE, OSSIA LA GIUSTIZIA DELLO STATO.

§ 25. Nozioni Generali.

§ 26. Nomina e promozione dei giudici.

§ 27. Inamovibilità dei giudici.

§ 28. **Responsabilità dei giudici.**

§ 29. **Pluralità dei giudici.**

§ 30. **Pluralità dei tribunali in ordine alla materia ed al valore della controversia.**

§ 31. **Tribunali di commercio.**

§ 32. **I tribunali amministrativi.**

L' ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

E

LA GIURISDIZIONE CIVILE

TITOLO PRELIMINARE

LA COMPOSIZIONE AMICHEVOLE, OSSIA LA CONCILIAZIONE.

§ 1. Conciliazione.

Conciliazione — Legislazioni antiche e moderne — Sistema francese e sistema italiano — Esame critico dell'uno e dell'altro.

Ogni violazione, ogni disconoscimento del dritto produce una perturbazione dell'ordine, che si deve ristabilire, ma non si può altrimenti che per via di *giudizi*.

Ciononostante intorno a' diritti patrimoniali libera sempre rimane la transazione privata, e quando le parti prendessero consiglio soltanto da ciò che loro meglio conviene, prima di ricorrere al giudizio nessuna via si lascerebbe intentata per giungere ad una composizione amichevole. La lite è per sè stessa un male che semina e fomenta dissidi, rancori, nimicizie nelle famiglie; è causa di inquietudini, di spese e di mille altri incomodi, che si vorrebbero nell'interesse pubblico e privato evitati con un volontario accordo dei contendenti.

L'idea che le parti tentino almeno l' amichevole componimento prima d'accingersi alla lotta giudiziaria, non è nuova; essa fu sempre favorita dalla legislazione di tutti i popoli. In Grecia [1] ed in Roma [2] la privata composizione era sempre possibile nelle controversie civili e quasi sempre nelle penali, quando tuttavia non si trattava di *delitti pubblici*, ossia di delitti commessi direttamente contro lo stato. La privata composizione era anche il mezzo più comune e migliore presso gli antichi Germani di vendicare la ricevuta offesa; l' offensore ricattava dall' offeso la *pace* col pagamento di una convenuta indennità. [3]

Più tardi ed a misura che l' azione penale si veniva distinguendo dall' azione civile, e si reputava sorgere dal reato più che un' offesa individuale, una perturbazione dell' ordine pubblico, dovea del pari restringersi nelle penali materie ed in ultimo sparire affatto la libertà della composizione privata.

Ma la libertà della privata composizione intorno a' diritti civili patrimoniali dovea essere e fu in ogni tempo mantenuta piena ed intera: e nelle moderne legislazioni è talmente in favore che ad agevolarne la conclusione si è costituita in alcuni luoghi una speciale magistratura. La Francia rivoluzionaria, imitando secondo l'opinione di taluno l' Olanda, [4] instituì il *giudice di pace*; che dopo varia fortuna finì con trionfare e rimane tuttavia in vigore nella legislazione

[1] *V.* Faustin Helie, *Traité de l' instruction crim.* I, 4.

[2] *Si membrum rupit, ni cum eo* pacit, *talio esto* — Aul. Gell., *Noct. attic.*, XX, 1; Gajus, III, 223; Fest. v. *Talio.*

[3] Bécot, *De l'organisat. de la justice rèpressive*, p. 128.

[4] Meyer, *Instituzioni giudiziarie.* L. VII, c. 2; Dalloz, *Rep. V. conciliation*, 5.

di quel paese; [1] e la legislazione italiana creò in ciascun comune un magistrato apposito col nome di *conciliatore.* [2]

Ponendo il sistema francese di conciliazione a confronto coll' italiano si vede che sebbene tendano al medesimo scopo, v'è tuttavia tra l' uno e l' altro una differenza notevole rispetto ai mezzi adoperati per conseguirlo. Nel sistema francese è obbligatorio nella più parte delle controversie il tentativo di conciliazione, talmente che la domanda d' una delle parti non viene accolta dai tribunali di prima istanza, se non si fa fede essersi già infruttuosamente tentata la conciliazione davanti il giudice di pace. [3] — Nella legislazione italiana il tentativo di conciliazione non ha nulla d' obbligatorio. La richiesta di conciliazione è pienamente abbandonata alla buona volontà delle parti; nessuna pena pecuniaria, nessun' altra sanzione legale è stabilita contro colui che dopo aver fatto la richiesta di conciliazione non vi comparisca, nè contro colui che invitato a comparire rifiuti anche senza giusto motivo d'aderire all' invito: che anzi, fallita una vol-

[1] *Il giudice di pace,* instituito in Francia con legge 24 agosto 1790, dovea essere assistito da due assessori, che vennero aboliti con legge 27 ventoso anno IX.

[2] Art. 27-33 della *legge sull'ordinamento giudiziario* (6 decembre 1865, n. 2626) — Art. 1-7 cod. pr. civ. — Il codice sardo di procedura civile del 1854 avea già imposto l' obbligo al *giudice di mandamento* di tentare l' amichevole componimento delle parti (art. 58, 59, 60); e la stessa disposizione conteneva il codice sardo del 1859 (art. 80). L' instituzione del conciliatore non muta quest' obbligo, che il codice di procedura civile italiano impone ugualmente al *pretore* (art. 417).

[3] *V.* art. 48 cod. pr. civ. franc. L'art. 49 enumera le cause dispensate in via eccezionale dall' obbligo del preliminare tentativo di conciliazione.

ta la conciliazione qualunque ne sia stata la causa, non sono più ammesse altre richieste di composizione amichevole davanti il conciliatore, salvo che siano fatte da tutte le parti. [1]

Il sistema francese sembra meno consentaneo a quella pienezza di libertà, che deve stare a fondamento d'ogni giuridico accordo, poichè, se non impone la conciliazione, ne impone alle parti l'esperimento; e l'esperimento forzato di conciliazione implica in principio una contradizione, e in fatto, quando non riesce a danno delle parti, è per lo meno inutile. L'esperimento forzato può tornare a danno di quella delle parti, che per ignoranza o soverchia timidezza cedendo all' influenza del magistrato sacrifichi per avventura in tutto od in parte un diritto certo ed incontestabile — per quelli che già sono propensi alla composizione amichevole, è inutile, poichè sanno, occorrendo, scegliere a mediatori persone che loro inspirino migliori guarentigie di scienza e di imparzialità, e certo non ricorrono all' interposizione d' un conciliatore ufficiale non sempre fornito di quel corredo di cognizioni, che a così arduo ufficio è in questioni gravi e complicate indispensabile — per quelli poi che sono già determinati a provocare sull' insorta controversia una decisione dell' autorità giudiziaria, è pure inutile, poichè non è a credersi che per tal via si venga a mutare la presa determinazione, e così l' esperimento di conciliazione si riduce ad una vana formalità da osservarsi al solo scopo di poter giungere sino alle porte del tribunale. [2]

[1] Art. 5 cod. pr. civ. — *Éssai sur éssai di conciliation ne vaut.*

[2] Il sistema di concilazione francese è tuttavia propugnato anche da valenti scrittori. — Secondo questi un numero assai considerevole di controversie, che si eleverebbe sino al 70

Il sistema italiano non ha il difetto del francese: per esso il tentativo di conciliazione è, come abbiam detto, pienamente volontario. Ma abbandonando tutto al buon volere delle parti potrà conseguire il suo scopo? sì certamente, quando si tratta di controversie che il conciliatore, in caso di non riuscita conciliazione amichevole, può risolvere come giudice; [1] ma, quando la controversia per sua natura o valore è di competenza d'un giudice superiore, si può con fondamento dubitare, che l'instituzione rimanga inoperosa: quale morale autorità potrà avere il conciliatore nel comporre amichevolmente la controversia, quando su di essa è già dalla stessa legge reputato incapace di pronunziare come giudice? Sotto quest'aspetto il sistema di conciliazione non si può altrimenti considerare che come un solenne invito che fa la legge alle parti di tentare prima di ricorrere all'autorità giudiziaria l'amichevole componimento.

§ 2. Condizioni di capacità per la conciliazione.

Condizioni di capacità per la conciliazione — Regola generale — Procuratore *ad negotia* — Mandato a comparire — Marito amministratore dei beni della moglie — Erede con benefizio d'inventario — Padre e tutore — Minori emancipati ed inabilitati — Donna maritata.

La conciliazione non è che una via più facile per giungere alla composizione della controversia mediante un accordo convenzionale, che in sostanza è una

per cento, sarebbe eliminato dal foro mediante la conciliazione davanti il giudice di pace. (*V.* M. Lavielle — *Études sur la pr. civ.* p. 39.)

[1] Art. 70 cod. pr. civ.

specie di transazione. Alla conciliazione però si devono applicare le regole delle convenzioni in generale e della transazione in particolare, sia per quel che riguarda la giuridica *capacità* delle parti, sia per quel che concerne *l'oggetto*, sia infine per quel che si riferisce agli *effetti* dell'accordo che si vuole conchiudere.

Come la transazione la conciliazione implica virtualmente una rinuncia eventuale al diritto cadente in controversia, diritto che forse avrebbe potuto essere riconosciuto dalla sentenza del giudice. La conciliazione non può dunque aver luogo se non quando, oltre la capacità generale di contrattare, le parti abbiano la *capacità di disporre* degli oggetti cadenti in controversia. [1] In conseguenza non v'è dubbio che i *maggiori d'età* aventi la pienezza e la libera disponibilità dei loro diritti possono con effetto aderire alla conciliazione o personalmente o per mezzo di procuratore.

Che il *procuratore* munito di mandato speciale, *ad hoc*, possa offrire od accettare la conciliazione a nome del mandante già l'insegnano i generali principii del diritto ed il conferma il testo della legge. [2] Ma si dubita se lo stesso si possa dire del procuratore generale, *ad negotia*. Crediamo che la soluzione del dubbio dipenda dalla maggiore o minore estensione del mandato, così che il mandatario possa anche per via di conciliazione comporre le controversie circa gli oggetti che il mandato stesso lascia a sua libera disposizione; altrimenti la conciliazione non avrebbe effetto quando non fosse approvata nei modi stabiliti per la transazione. [3]

[1] Art. 2 cod. pr. civ. — art. 1765 cod. civ.

[2] *V.* art. 5 cod. pr. civ.

[3] *V.* art. 2 cod. pr. civ. — Il procuratore *ad lites* avendo solo il mandato di sostenere in giudizio il diritto del suo

Si dubitò se il *mandato a comparire* in conciliazione autorizzi il mandatario, occorrendo, a transigere — L'opinione negativa prevalse nella dottrina degli scrittori francesi, i quali pensano che al mandatario non sarebbe concesso altro potere, tranne quello di rifiutarsi alla conciliazione: [1] alla qual dottrina aderiscono alcuni commentatori italiani. [2] — Ma vuolsi osservare che, nel sistema francese essendo obbligatorio il tentativo di conciliazione, il *mandato a comparire* si può interpretare nel senso più limitato, che cioè il mandatario sia autorizzato a comparire soltanto per soddisfare al precetto della legge: nel sistema italiano per contro la comparizione essendo facoltativa, il mandato a comparire sarebbe vuoto di senso se non si reputasse equivalente al mandato a transigere.

Il marito che amministra i beni parafernali della moglie non differisce dagli altri mandatari amministratori, se non in ciò che, ad eccezione del caso che una clausola espressa del mandato lo obblighi, non è tenuto a render conto dei frutti consumati, che si presumono impiegati a vantaggio della famiglia. [3] Sembra pertanto che al marito amministratore dei beni parafernali della moglie non debba essere denegata la facoltà di comporre amichevolmente le controversie che si riferiscono ad atti di semplice amministrazione.

L'erede con benefizio d'inventario si presume avere da tutti gli interessati un tacito mandato ad amministrare; ed entro questi limiti potrà liberamente procedere con effetto alla conciliazione. [4] Nel resto quan-

mandante, non potrebbe offrire od accettare la conciliazione se non in forza d'un mandato speciale.

[1] *V.* CHAUVEAU in Carrè, *Lois de la proc. civ.*, 225.

[2] *V.* BORSARI, *Il cod. ital. di proc. civ. annotato*, all' art. 5.

[3] Art. 1428-1429 cod. civ.

[4] Art. 925 cod. civ.

do si consideri che la conciliazione implica l' alienazione eventuale d' un diritto, e che l' alienazione d' un diritto ereditario trae seco la decadenza dal benefizio d' inventario, [1] si fa manifesto che la conciliazione sarebbe valida, ma che per effetto della conciliazione l'erede decadrebbe dal benefizio d' inventario e diventerebbe erede puro e semplice. [2]

Quel che si dice del *mandato convenzionale* si può ugualmente applicare al *mandato legale?* il *padre* nell' interesse del figlio soggetto alla patria podestà, il *tutore* nell' interesse del minore o dell' interdetto soggetto a tutela potranno comporre le controversie per via di conciliazione?

Il *padre* rappresenta i figli minori in tutti gli atti civili, ma non può fare da sè che gli atti di semplice amministrazione. [3] La conciliazione fatta dal padre è dunque valida se la controversia è relativa ad atti di semplice amministrazione: altrimenti la conciliazione fatta dal padre non può obbligare il minore salvochè sia fatta per causa di necessità o di evidente utilità del figlio stesso e mediante l' autorizzazione del tribunale civile o del pretore secondo i casi. [4] — La stessa distinzione vuolsi adottare per il *tutore* del minore o dell' interdetto; entro i limiti della semplice amministrazione è valida la conciliazione, che altrimenti non sarebbe obbligatoria per l' amministrato se non quando fosse autorizzata dal consiglio di famiglia. [5]

[1] Art. 934, 965 cod. civ. — *V.* tuttavia art. 881 cod. pr. civ.
[2] *V.* CHAUVEAU in Carrè, 207-2°.
[3] Art. 224 cod. civ.
[4] Art. 224, 225 cod. civ.
[5] Art. 2 cod. pr.civ., art. 329 cod. civ. — Non osta l' art. 296 cod. civ.

Applicando lo stesso principio a quelli che hanno solo una capacità limitata diremo parimente che il *minore emancipato,* a cui son pareggiati gli *inabilitati,* [1] non che il *sordomuto ed il cieco dalla nascita* giunti alla maggiore età, [2] potrà da sè solo procedere alla conciliazione nelle controversie concernenti la semplice amministrazione; [3] ma in ogni altra controversia non sarebbe valida la conciliazione senza l'assistenza del curatore.[4]

La *donna maritata* ritiene il dominio, l'amministrazione ed il godimento de' suoi beni parafernali: [5] può pertanto liberamente da sè sola procedere alla conciliazione nelle controversie all' amministrazione relative, e, se è commerciante, anche nelle controversie riguardanti il suo commercio. [6] Altrimenti la conciliazione fatta dalla donna maritata che convive col marito, non è valida senza l'autorizzazione del medesimo; [7] e nel caso che il marito ricusi l'autorizzazione, o trattisi di questione, nella quale siavi opposizione di interessi, non è valida senza l' autorizzazione del tribunale civile: [8] la quale autorizzazione del tribunale civile è pure richiesta per la validità della conciliazione nel caso che la moglie sia legalmente separata per sua colpa, o per colpa sua e del marito, o infine per

[1] Art. 339 cod. civ.

[2] Art. 340 cod. civ.

[3] Art. 317 cod. civ. — Nè fa difficoltà la considerazione che il minore non può stare in giudizio, sia come attore sia come convenuto, senza l'assistenza del curatore (articolo 318 cod. civ.); poichè la conciliazione, sebbene abbia luogo davanti un magistrato dell' ordine giudiziario, non è un giudizio.

[4] Art. 319 cod. civ.

[5] Art. 1427 cod. civ.

[6] Arg. art. 135-3.° cod. civ.

[7] Arg. art. 134 cod. civ.

[8] Arg. art. 136 cod. civ.

mutuo consenso. [1] — Dal che sembra potersi dedurre la conseguenza che la moglie legalmente separata per colpa del solo marito possa da sè sola procedere alla conciliazione senza alcuna autorizzazione; poichè l' autorizzazione del marito o del tribunale civile imposta alla moglie non si fonda sull' incapacità naturale di questa, ma sull' interesse della famiglia, che più non s' oppone al pieno e libero esercizio de' suoi diritti per parte della moglie separata senza alcuna sua colpa o consenso.

E poichè la necessità dell' autorizzazione non si fonda sull' incapacità della moglie tanto che può questa avere l' amministrazione dei beni del marito, [2] ed anche esercitare, occorrendo, la patria podestà, [3] la donna maritata non avrà bisogno d' alcuna autorizzazione nel caso che il marito o per incapacità o per altre cause *non possa* concederla. [4]

Il finquì detto riguarda il caso che la donna maritata sia *maggiore* d' età ; che se la moglie è *minore*, deve come il minore emancipato per la conciliazione avere, secondo i casi, o l' autorizzazione d' un curatore suo proprio, [5] o l' autorizzazione del marito, e, se anche il marito sia minore, l' autorizzazione del padre del marito, e, in mancanza del padre della madre del marito ; infine in mancanza d' ambidue i genitori, l' autorizzazione del curatore del marito nominato dal consiglio di famiglia o di tutela. [6]

[1] Arg. art. 136 cod. civ.
[2] Art. 1432 cod. civ.
[3] Art. 231 cod. civ.
[4] Arg. art. 135, 136 cod. civ.
[5] Arg. art. 310 cod. civ. — Art. 804 cod. pr. civ.
[6] Arg. art. 315 cod. civ.

§ 3. Oggetto della conciliazione.

Cose che possono formare oggetto di conciliazione — Regola generale — Limiti naturali e legali — Conciliazione sull'azione civile nascente dal reato.

Anche per quel che attiene al *soggetto* la conciliazione è parificata alla transazione. Senonchè non dichiarando la legge con regola generale le materie che possono formare oggetto di transazione, conviene parimente ricorrere alle norme che reggono le convenzioni in generale, [1] secondo le quali possono, tranne una disposizione contraria della legge, formar oggetto di convenzione privata e per conseguenza di transazione e di conciliazione tutte le cose che sono in commercio [2] e che sono determinate od almeno determinabili nella loro specie. [3]

Ma come tutte le convenzioni private, anche la conciliazione incontra i suoi limiti naturali nell'ordine pubblico e nel buon costume, [4] e la conciliazione non varrebbe più d'ogni altra convenzione a derogare in qualsiasi modo allo stato delle persone, [5] all'or-

[1] Arg. art. 1103 cod. civ.
[2] Art. 1116 cod. civ.
[3] Art. 1117 cod. civ.
[4] Art. 12 *Dispos. prel.* al cod. civ. — L. 45 § 1 *de reg. jur.* L, 17 — L. 15 *de condit. instit.* XXVIII, 7. *Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est* — L. 6. C. *de pactis,* II, 3 — *Pacta quæ contra leges, constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est.*
[5] Per es. ai diritti che appartengono al capo della famiglia od a quelli che vengono dalla legge attribuiti all'uno ed

dine delle successioni, [1] alle formalità richieste *ad solemnitatem* negli atti giuridici, [2] od a vincoli dalla legge non consentiti su beni immobili. [3]

Entro gli indicati limiti la conciliazione è possibile in tutte le controversie civili, anche quando si trattasse di azione civile nascente da un reato; [4] nel qual caso è tuttavia manifesto che la conciliazione sull'azione civile non può mai essere d'ostacolo al penale procedimento: [5] solo per eccezione alla regola generale la conciliazione nei giudizi di falso in via civile non potrebbe mandarsi ad esecuzione se non è omologata in giudizio sentito il pubblico ministero. [6]

all'altro coniuge (art. 1379 cod. civ.) — La conciliazione intorno alla *separazione* dei coniugi richiede per essere valida l'omologazione del tribunale civile (art. 158 cod. civ.)

[1] Art. 1118, 1380 cod. civ.

[2] Per es. non potrebbe dar forza legale ad una donazione tra vivi o ad un contratto matrimoniale non fatto per atto pubblico (art. 1056 e 1382 cod. civ.) — *V.* Bonnin, *Comm.* art. 54 cod. pr. civ.

[3] Per es. non potrebbe modificare le disposizioni proibitive riguardanti l'enfiteusi (art. 1557 cod. civ.)

[4] Art. 1776 cod. civ., art. 8 cod. pr. pen.

[5] La disposizione della legge vuolsi restringere ai *reati di azion pubblica;* nei *reati di azion privata* la conciliazione arresterebbe il corso dell'azione penale (arg., art. 117 cod. pr. pen.)

[6] Art. 2. in f.; art. 316 cod. pr. civ. — La legge teme che per via di conciliazione il delinquente ricatti l'impunità; ed il timore della legge è tale, che permette alla parte che ha proposto la querela di falso in via civile, di poterla ancora proporre in via penale contro la regola generale secondo cui la parte che ha intentato l'azione civile davanti il giudice civile, più non può costituirsi parte civile nel giudizio penale (Art. 7 in f. cod. pr. pen.)

§ 4. Procedura in Conciliazione.

Uffizio del conciliatore — Richiesta di conciliazione — Avviso a comparire in conciliazione — Differenza tra l' avviso e la citazione — Effetti dell' avviso — Processo verbale della seguita conciliazione.

Il conciliatore non può adoperarsi per comporre le controversie se non *quando è richiesto*: [1] al conciliatore non si poteva permettere alcuna sorta d' iniziativa, poichè un' intromessione importuna fra le parti potrebbe forse strappare all' ignoranza od al timore il sacrificio d' un diritto evidente; [2] in omaggio a quel principio di libertà che domina in questa instituzione la legge vieta al conciliatore di farsi non richiesto mediatore fra i contendenti, rilasciando del resto intieramente alla sua sollecitudine e prudenza i mezzi ed il metodo della conciliazione.

La richiesta di conciliazione si può fare o da tutte e due le parti in caso di comparizione volontaria [3] o da una di esse: [4] nel primo caso crediamo che la richiesta si possa fare a qualunque conciliatore; nel secondo solo al conciliatore del comune, in cui una delle parti abbia residenza, domicilio o dimora, ovvero si trovi la cosa controversa. [5]

La richiesta di conciliazione sull'istanza d'una delle parti si fa o verbalmente o per iscritto direttamente al conciliatore, che fa redigere dal cancelliere un

[1] Art. 1 cod. pr. civ.
[2] *V.* Bellot, *Exposé des motifs ecc.* p. 28.
[3] Art. 2125 cod. civ.
[4] Art. 3 cod. pr. civ.
[5] Art. 3 cod. pr. civ.

avviso a comparire in conciliazione da notificarsi alla parte contraria; [1] il quale avviso e nella sua forma [2] e ne' suoi effetti si assomiglia in parte alla *citazione* e in parte se ne distingue. Si distingue dalla citazione in ciò particolarmente che l' avviso non impone l' obbligo di comparire; alla citazione invece si assomiglia in quanto che l' avviso, come la citazione, ha per effetto di interrompere a favore della parte che ne ha fatta la domanda, la prescrizione. [3] Se l' avviso per sè non dà ancora origine al giudizio, accenna già tuttavia all'esistenza d' una controversia giuridica che si vuole risolvere, e dimostra quanto opportunamente siasi attribuito all'avviso l'effetto di interrompere la prescrizione.

Nullameno l'interruzione della prescrizione è soltanto condizionale, poichè sarebbe considerata come non avvenuta quando non s'iniziasse la *domanda giudiziale* entro breve termine dalla non comparsa davanti il conciliatore o dalla non seguita conciliazione. [4] Ma, salvo l' effetto di questa condizione, teniamo la prescrizione interrotta quand' anche l' *oggetto non sia suscettivo di conciliazione* in quella stessa guisa che la citazione in giudizio interrompe la prescrizione, quantunque fatta davanti giudice incompetente: [5] credia-

[1] Da chi, come e dove si debba fare la notificazione dell'*avviso* *V.* art. 3 e 4 cod. pr. civ.

[2] L'*avviso* deve contenere l'indicazione delle *parti*, dell'*oggetto* e del *giorno* per la comparizione (art. 4 cod. pr. civ.) — Quanto al *termine* che si deve frammettere tra la *notificazione* e la *comparizione* *V.* art. 148 cod. pr. civ., che sembra anche applicabile agli *avvisi* in conciliazione.

[3] Art. 2125 cod. civ.

[4] Art. 2125 cod. civ.

[5] Art. 2125 cod. civ. *Contra* CHAUVEAU in Carré, 248-2°.

mo poi d' altro canto, che non avendo la legge dato all' avviso in conciliazione altro speciale effetto, *gli interessi* non decorrano se non dal giorno della giudiziale domanda; [1] come parimente il possessore di buona fede non sia tenuto a restituire se non i frutti, che dal giorno della domanda giudiziale gli siano pervenuti. [2]

La conciliazione poi o fallisce o riesce. Fallita una volta la conciliazione, tutto è terminato. [3] Se la conciliazione riesce si riduce in iscritto l'intervenuto accordo col mezzo d' un *processo verbale*, la cui forma è semplicissima [4] e così ha fine l'esperimento di conciliazione.

§ 5. Effetti della conciliazione.

Effetti della conciliazione. — Processo verbale di conciliazione considerato come *titolo esecutivo* — Ha solo il valore di *cosa convenuta*. — Processo verbale considerato come scrittura privata riconoscinta in giudizio. — Dalla conciliazione non nasce l'ipoteca giudiziale. — Nullità della conciliazione.

Quanto agli effetti della seguita conciliazione si deve distinguere se il valore della controversia superi

[1] Art. 1232, 1233 cod. civ.

[2] Art. 703 cod. civ.

[3] *V. sopra* § 1. — Della fallita conciliazione non si fa *processo verbale*; si fa solo menzione in un apposito *registro*, non essere riuscita la conciliazione tra le *parti* comparse (art. 6 cod. pr. civ.) con indicazione dell'*oggetto* a cui la questione si riferiva — Questa menzione è utile a stabilire il giorno in cui è stata interrotta la prescrizione ed a far respingere una seconda domanda di conciliazione fatta da una delle parti intorno al medesimo oggetto.

[4] Come condizione di forma estrinseca è soltanto pre-

o no la tenue somma di *lire trenta*; in quest' ultimo caso il processo verbale è un *titolo esecutivo*, nel primo invece ha forza di *scrittura privata riconosciuta in giudizio*; così il testo della legge. [1] Questa distinzione ha il suo fondamento nella doppia qualità del magistrato che è insieme *conciliatore* e *giudice* ed in quest' ultima qualità pronuncia in primo ed in ultimo grado in date questioni più semplici [2] quando il loro valore non ecceda l'indicata somma; il che consigliava a dar forza definitiva ed irrevocabile all'accordo intervenuto davanti il conciliatore in una controversia, sulla quale il conciliatore potrebbe pronunciare come giudice un' irrevocabile sentenza.

Il processo verbale anche quando è titolo esecutivo non ha forza di *cosa giudicata*, ma solo di *cosa convenuta*, poichè nell'esperimento conciliatorio non si fa luogo ad alcun giudizio e non ne emana alcuna sentenza. In quella guisa tuttavia che sono titoli esecutivi gli atti contrattuali ricevuti da un pubblico ufficiale competente, [3] lo è parimente il processo verbale, di cui il conciliatore può autorizzare la spedizione in forma esecutiva. [4]

Quando per contro l' oggetto della conciliazione supera in valore la competenza del conciliatore, il processo verbale ha forza di scrittura privata riconosciuta

scritta la sottoscrizione delle parti, del conciliatore e del cancelliere; e se le parti od una di essa non possono sottoscrivere, se ne fa menzione indicando il motivo (art. 6 cod. pr. civ.)

[1] Art. 7 cod. pr. civ. — Se il valore è indeterminabile si considera come eccedente le lire trenta.

[2] Art. 70 cod. pr. civ.

[3] Art. 554 cod. pr. civ.

[4] Art. 7 cod. pr. civ. — È in questo senso che la tran-

in giudizio, e però fa la stessa fede che l'atto pubblico, fra quelli che l'hanno sottoscritta. [1] Ma considerando che il processo verbale è pur sottoscritto da un pubblico ufficiale competente crediamo che abbia anche data certa e computabile rispetto ai terzi; [2] e per la stessa ragione crediamo ancora che la sincerità delle firme non si possa altrimenti impugnare, che colla querela di falso. [3]

Si è mosso il dubbio se il processo verbale di conciliazione sia *idoneo a conferire l'ipoteca* sui beni del debitore — Taluno distinguendo tra il caso in cui può essere spedito in forma esecutiva e quello in cui ha solo forza di scrittura privata riconosciuta, crede che nel primo caso conferisca ipoteca e non nel secondo. [4] Certo con una dichiarazione esplicita inserita nel processo verbale si può da una delle parti conferire l'ipoteca all'altra per guarentire l'adempimento della concordata obbligazione, poichè l'ipoteca si può costituire anche col mezzo di scrittura privata; [5] ma il processo verbale non avendo in nessun caso la forza di *cosa giudicata*, non può per sè produrre sui beni del debitore l'ipoteca che la legge annette alle sentenze emanate in giudizio. [6]

I privilegi accordati al processo verbale di conciliazione non tolgono a quanto vi si contiene il convenzionale carattere di transazione; il suo contenuto

sazione ha tra le parti *l'autorità d'una sentenza irrevocabile* (art. 1772 cod. civ.).

[1] Art. 1320 cod. civ.

[2] Arg. art. 1327 cod. civ.

[3] Arg. art. 1315, 1317 cod. civ.

[4] Borsari all'art. 7 cod. pr. civ.

[5] Art. 1978 cod. civ.

[6] Art. 1970 cod. civ. — Il conciliatore non può autoriz-

adunque potrà essere impugnato in tutti quei casi in cui può essere impugnata la transazione. [1] Non è d'uopo dire che la conciliazione, come la transazione, è nulla, quando venga meno alcuno degli elementi costitutivi di essa. Così, è nulla la conciliazione quando l'oggetto non è materia idonea di transazione; [2] quando dipende da esecuzione d'un titolo nullo, od ebbe luogo sopra documenti che si sono in appresso riconosciuti falsi, [3] od intorno a lite che già fosse ad insaputa d'una delle parti finita con sentenza passata in giudicato; [4] quando infine vi è difetto assoluto di consenso od il consenso è stato dato da un incapace senza le volute forme abilitative, [5] od è stato dato per errore o carpito con dolo od estorto colla violenza. [6]

Rispetto all'*errore* tuttavia vuolsi osservare che l'errore sulla *persona* è sempre causa di nullità della conciliazione, [7] ma che in nessun caso può produrne

zare la spedizione del processo verbale in forma esecutiva quando l'oggetto superi le lire trenta, e per decidere se supera o no l'indicato valore deve seguire per analogia le norme stabilite dalla legge per determinare la competenza dei tribunali. (*V.* art. 72-74, 76, — 78 cod. pr. civ.)

Che se il conciliatore abbia errato nel calcolare il valore, sembra che non si possa ammettere l'opinione del Borsari (annot. all'art. 7) che crede farsi luogo all'appello perchè l'appello suppone una sentenza emanata in un giudizio precedente ed il procedimento conciliatorio non è un giudizio. Secondo noi si può impugnare coll'azione di nullità (arg. art. 1773 cod. civ.)

[1] Art. 1324 cod. civ.

[2] Art. 2 cod. pr. civ.

[3] Art. 1774, 1775 cod. civ.

[4] Art. 1776 cod. civ.

[5] Art. 2 cod. pr. civ.

[6] Art. 1773 cod. civ.

[7] Art. 1773 cod. civ. — È un'eccezione alla disposizione dell'art. 1110 cod. civ.

la nullità l'errore di *diritto*; [1] non si potrebbe concepire come possa esser causa di nullità l'errore di diritto in una convenzione che appunto ha per principale scopo di definire i rispettivi diritti delle parti. Per la stessa ragione crediamo che la conciliazione non possa essere impugnata coll'azione in rescissione per causa di lesione. [2]

L'azione di nullità si propone con atto di citaziozione secondo le regole generali di competenza e di procedura. [3] Il che può aver luogo od in via di azione principale od in via di eccezione, come avverrebbe quando si domandasse l'esecuzione forzata dell'obbligazione col processo verbale spedito in forma esecutiva; nel qual caso la questione di nullità diventa un incidente del giudizio d'esecuzione. [4]

§ 6. Il giudizio.

Insufficienza della conciliazione e necessità dei giudizi — Definizione del giudizio ed elementi che lo compongono — Partizione della materia.

Nei primi momenti dell'insorta controversia raro è che i contendenti ascoltino i freddi consigli della ragione almeno in tutti quei casi che l'oggetto della questione superi in valore la competenza del *giudice* conciliatore. La poca confidenza nell'abilità o nella imparzialità del conciliatore — la speranza d'ottenere migliori condizioni dalla sentenza del giudice —

[1] Art. 1772 cod. civ. — È pure un'eccezione alla disposizione dell'art. 1109 cod. civ.

[2] *V.* Boitard et Colmet-Daage, *Leçons sur le cod. de proc. civ.*, II, n. 1181.

[3] Art. 37 cod. pr. civ.

[4] *V.* art. 562, 570 cod. pr. civ.

l'offeso amor proprio di chi si vede contrastato un diritto che crede suo — la malizia del debitore che talvolta vuole col giudizio differire l'adempimento dell'obbligazione — e talvolta anche l'insano piacere ed amor del litigio fanno sì che le parti più spesso preferiscano alla composizione amichevole l'esperimento d'una lotta giudiziaria — Di qui la necessità di costituire ed ordinare i *giudizi*; imperocchè quando, fallita la conciliazione, non vi fosse un mezzo legale per ristabilire la pace fra i contendenti, si farebbe per essi ricorso alla forza privata e il diritto del più timido verrebbe sacrificato al più audace, il diritto del più debole al più potente. [1]

Il *giudizio* è una discussione fatta dai litiganti nelle forme prescritte per giungere, mediante la sentenza del giudice, al ristabilimento del diritto controverso.

Chi dunque dice *giudizio* dice *giudice*, *mezzi* e *metodo* di giudicare ed enuncia virtualmente e gli *elementi* che compongono il giudizio e la partizione logica del *diritto giudiziario*. [2]

Il giudizio suppone dapprima un *giudice*, a cui i contendenti possano ed, occorrendo, debbano rivolgersi per la soluzione della controversia — Quella parte del giudiziario diritto che tratta appunto della costituzione e dell'autorità del magistrato giudicante, prende nome di *ordinamento giudiziario*, e collegandosi intimamente al diritto pubblico, s' inspira, come questo, in larghe proporzioni al principio dell' utile.

[1] L. 176 *de reg. jur.* L. 17 — *Non est singulis concedendum quod per magistratum publice potest fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi.*

[2] Si può chiamare, *diritto giudiziario* il complesso delle norme giuridiche e legali che governano i giudizi.

Il che lascia naturalmente luogo in questa parte a più facili oscillazioni nella dottrina ed a più variati sistemi nella legislazione: le quali varietà più intorno ai mezzi che intorno allo scopo del sistema giudiziario s'aggirano; perocchè tutti convengono che ogni ordinamento giudiziario deve tendere a costituire una giustizia il più possibile illuminata e sicura, il più possibile spedita ed economica.

Tale è lo scopo cui deve mirare il legislatore, tali i principii, cui si deve attenere nel risolvere i gravi problemi che si presentano nella costituzione organica della giustizia, quali sono particolarmente la nomina e la promozione, l'indipendenza e la responsabilità morale e giuridica dei giudici; la composizione del tribunale considerato nel suo intrinseco organismo; la distribuzione della giurisdizione in ordine alla materia del contenzioso, in ordine al territorio e infine in ordine al grado respettivo delle diverse autorità giudiziarie.

Succedono i *mezzi* del giudizio, che consistono nelle *prove* — Per poter giustamente sentenziare il giudice deve conoscere e i *fatti* che han dato luogo alla controversia e le *regole del diritto* che ai fatti si devono applicare. — Per ragione del proprio ufficio il giudice deve conoscere, e, quali che possano essere le ommissioni ed anche gli errori delle parti, deve applicare ai casi occorrenti le regole del diritto. I *fatti* invece che inducono una mutazione giuridica, essendo fenomeni contingenti, limitati nel tempo e nello spazio, non si possono reputar noti al giudice se non quando le parti ne abbiano somministrata la *prova*, che è appunto il mezzo, con cui si portano a cognizione di

altri i fatti da noi conosciuti.

La cognizione della verità ingenera per una necessità logica l'adesione dello spirito umano alla verità conosciuta, produce nel soggetto conoscente la convinzione ossia la *certezza morale* della realità obbiettiva del fatto; e il mezzo idoneo a produrre questa convinzione suolsi chiamare, con vocabolo forse meno appropriato, *prova morale*. Ma poichè d'un canto la prova è un mezzo per giungere alla cognizione della verità, e dall'altro la cognizione della verità è indispensabile per avere una decisione conforme a giustizia, si può stabilire come principio di diritto comune nell'argomento delle prove, che tutti i mezzi, i quali sono idonei a produrre la certezza morale devono essere considerati ed ammessi come mezzi di prova.

Alla *prova morale* si contrappone la *prova legale*, che si presenta nel sistema generale delle prove come una deviazione dal diritto comune, per cui il legislatore per ragioni di convenienza sostituisce *a priori* la sua convinzione alla convinzione del giudice e più non ammette certi fatti come mezzi di prova che tali dovrebbero riputarsi secondo il diritto comune. Ma per contro come alla *certezza* si connettono le *probabilità*, alla *prova* si collegano le *presunzioni*, le quali sebbene sostanzialmente siano semplici probabilità, non rade volte tuttavia, con apparente ma non reale contradizione, ricevono dalla legge la forza d'una *prova provatissima*.

Viene in ultimo il *metodo* con cui si deve iniziare, proseguire e condurre a termine il giudizio, ossia la parte del diritto giudiziario che più comunemente si designa col nome di *procedura*.

Secondo una volgare opinione la procedura non sarebbe che un ammasso di materiali e sterili formalità introdotte e disposte a capriccio del legislatore, non adatto agli studi teorici e poco meno che indegno dell' attenzione del giureconsulto. Eppure a chi ben considera si farà manifesto che il rito giudiziario non è che un' applicazione continua di principii generali, che quantunque non sempre formolati espressamente, son tuttavia virtualmente presupposti dal legislatore; quali sono la parità di trattamento dei contendenti, la necessità del contradittorio, la libertà dell' assalto e della difesa.

Costituito il giudizio, si procede all' *istruzione della causa* che è *scritta* od *orale*. La prima ha per scopo la formazione e la produzione delle prove e si fa mediante scritture private che si chiamano *comparse*: la seconda ha per scopo la discussione delle prove prodotte e si fa verbalmente alla presenza del giudice in pubblica udienza. L'istruzione della causa poi è *ordinaria* o *sommaria*; *ordinaria* quella che si fa secondo le regole generali della procedura, ossia col *procedimento ordinario*; *sommaria* quella che si fa con *procedimenti sommari*, che sono diversi secondo la diversa natura ed importanza della controversia e si possono considerare come altrettante eccezioni al procedimento ordinario. E quando sulla questione principale venissero nel corso dell'istruzione ad innestarsi questioni incidentali, sospeso momentaneamente il corso dell'istruzione, saranno pur queste risolte con procedimenti sommari. Compiuta poi l'istruzione della causa, emana la *sentenza* del giudice che ordinariamente pone fine al litigio.

La *sentenza* è una dichiarazione solenne e legale del diritto rispettivo delle parti contendenti, che deve essere eseguita. Se la parte soccombente l'eseguisce volontariamente, non occorre più altro; altrimenti si deve procedere all' *esecuzione forzata* che si fa sul *patrimonio* e, in certi casi che la moderna legislazione ha reso più rari, sulla *persona* stessa del debitore. Di qui una nuova serie di disposizioni riguardanti i *giudizi di esecuzione* e particolarmente il pignoramento e la vendita dei beni del debitore, non che la distribuzione del prezzo ricavatone, disposizioni tutte tendenti a guarentire egualmente gli interessi e del creditore e del debitore e dei terzi.

L'indicata partizione del diritto giudiziario può convenire e ai penali ed ai civili giudizi; ma noi per ora limiteremo i nostri studi ai giudizi civili.

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO CIVILE.

TITOLO I.

NOZIONI GENERALI.

§ 7. Considerazioni generali sul potere giudiziario.

Funzioni della sovranità — Potere legislativo, esecutivo e giudiziario — Divisione dei poteri pubblici — La divisione non indebolisce il governo — Il potere giudiziario è un vero potere e deve essere separato dagli altri.

Far la legge, amministrare la cosa pubblica e render giustizia ai cittadini sono le tre funzioni della sovranità dello stato, che nel loro esercizio dan luogo a tre distinti poteri, al potere *legislativo*, *esecutivo* e *giudiziario*.

Il *potere legislativo* riconosce e dichiara con regole generali i diritti e i doveri del cittadino e rispetto allo stato e rispetto agli altri cittadini e ne guarentisce l'osservanza con una prestabilita sanzione giuridica civile o penale. Il *potere esecutivo*, che più propriamente si potrebbe chiamare *potere amministrativo*, presiede all' amministrazione dello stato, provvede cioè a tutti i rami del pubblico servizio e fa inoltre

i regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi.[1] Il *potere giudiziario* infine è incaricato dell' amministrazione della giustizia, ossia di risolvere le controversie portate alla sua cognizione e di operare mediante la sua decisione la reintegrazione del diritto.

Questi tre poteri, come teoricamente, devono essere anche nel loro esercizio divisi. Certo anche quando il capo dello stato è il depositario esclusivo di tutti i poteri costituenti la sovranità, li manterrà divisi nel loro pratico esercizio, e quando agirà come *giudice*, non si prevarrà del potere giuridicamente conferitogli come *legislatore* e come *amministratore* della cosa pubblica: ma dal momento che tanti opposti interessi s' affollano al centro dello stato e vivamente si agitano per ottenere la prevalenza, chi ne assicura che le passioni, l' odio od il favore non lo spingano a sacrificare talvolta la giustizia all'utilità o dello stato od anche di privati cittadini?[2] La divisione dei poteri crea una guarentigia legale efficacissima ad eliminare od almeno a diminuire sì fatto pericolo, poichè senza violare la legge l' usurpazione per parte di uno delle attribuzioni degli altri poteri diventerebbe impossibile.

[1] Art. 6 dello Statuto — Sotto quest' aspetto il potere esecutivo esercita propriamente una parte del potere legislativo, poichè i regolamenti sono obbligatori al pari della legge sempre quando tuttavia non siano colla legge in contradizione — Doveasi lasciare al potere esecutivo questa facoltà sia perchè meglio conosce le difficoltà della pratica esecuzione, sia perchè per la lentezza del processo parlamentare sovente non si potrebbe provvedere in tempo alle urgenze dell' amministrazione. Non è a temersi che il potere esecutivo muti la legge od usurpi altrimenti le attribuzioni del potere legislativo, poichè questo può sempre modificare per legge il regolamento.

[2] *V.* L. A. Melegari, *Lezioni di diritto costituzionale.* Lez. 28ª anno 1856-57.

Gli è perciò che la divisione dei poteri è in oggi a buon dritto reputata come un canone fondamentale di diritto pubblico, tanto che la grande assemblea costituente francese del 1791 ebbe a dichiarare che « ogni società, in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, *nè determinata la divisione dei poteri, non ha costituzione.* [1] »

Ciononostante è opinione d'alcuni che la divisione dei poteri a nulla giovi, perchè l'uno finisce sempre per acquistare tale una preponderanza sugli altri da trascinarli nella sua sfera d'azione; che invece è grandemente nociva, perchè la libertà d'azione dell'uno essendo inceppata da quella degli altri rende il governo debole ed inetto. [2]

Se ciò fosse vero, diventerebbe impossibile la costituzione d'un governo libero; chè alla divisione dei poteri pubblici, come a condizione indispensabile è legata la libertà. Fortunatamente la divisione dei poteri, pur impedendone le trasmodanze e gli eccessi, lascia piena ed integra a ciascuno la sua libertà d'azione e ciascuno potrà senza venir meno al suo compito conseguire lo scopo della sua instituzione, e provvedere ai bisogni tutti dello Stato senza che faccia mestieri ricorrere alla dittatura. [3]

Secondo l'opinione di altri il *potere giudiziario* non è che un ramo del *potere esecutivo*, o, meglio, un *ordine* che comprende una classe o categoria di funzionari incaricati d'una parte dell'amministrazione

[1] *Declaration des droits de l'homme et du citoyen,* art. 16.

[2] *V.* Lamartine, *Histoire des Girondins,* Liv. VII.

[3] *V.* Laferrière, *Cours theorique et pratique de droit publique et administratif,* I, chap. , sect. IV § 1.

pubblica, di cui è capo il re come depositario del potere esecutivo. [1] — Questa dottrina si fonda specialmente sulle seguenti considerazioni: — lo statuto fa menzione di due poteri soltanto, del legislativo e del potere esecutivo [2] — e dopo aver ordinato l'uno e l'altro passando a porre le basi fondamentali della *giustizia* la chiama « *ordine giudiziario* » e dichiara che la giustizia emana dal re. [3] — Al re spetta la nomina od almeno l'instituzione dei giudici. [4] — I decreti dell'autorità giudiziaria non hanno effetto se non sono spediti in forma esecutiva ed intitolati a nome del re. — [5] Le sentenze non si possono mandare ad esecuzione se non mediante la forza pubblica che dipende dal potere esecutivo — [6] infine è impossibile considerare come pubblico potere un' autorità che non può far atti di volontà propria ed è invece vincolata dalla legge, cui deve sempre scrupolosamente attenersi.

È questa secondo noi una questione inutile; se il poter giudiziario si può logicamente considerare come un ramo del potere esecutivo nel senso che dovendo pronunciare conformemente alla legge, concorre all'esecuzione della medesima, è certo che in fatto deve essere separato, e che non può la giustizia essere lasciata a mani dei funzionari dell' ordine amministrativo e tanto

[1] *V.* Rogron, *Code politique*, Comm. art. 48 — Lanjuinais, *Les constitutions franc.* — Hello, *Du regime constitutionel*, II. chap. 3 § 3. — Foucart, *Precis de droit publique et administratif*, 40 « *L' autorité judiciaire n' est pas, comme le soutiennent plusieurs publicistes, un troisième pouvoir de l' état.* »

[2] Art. 3 e 5 dello statuto.

[3] Art. 68 dello statuto.

[4] Art. 6, 68, 69 dello statuto.

[5] Art. 553, 556 cod. pr. civ.

[6] Art. 5. dello statuto.

meno essere esercitata secondo le regole e nelle forme, con cui procede la pubblica amministrazione. — Nè d'altro canto è esatto il dire che l'autorità giudiziaria non possa far atti di volontà propria: certo ha una sfera d'azione limitata, ma entro questa sua sfera d'azione agisce ed esercita le sue funzioni colla massima libertà; non può erigersi giudice della legge ma può liberamente interpretarla; che anzi non potendo la legge prevedere tutte le possibili eventualità, l'autorità giudiziaria vi supplisce pronunciando secondo le regole razionali del diritto. — Anche il potere amministrativo è subordinato nella sua azione alla legge; dovremo dire perciò che non sia parimente un pubblico potere? — I testi di legislazione positiva invocati non giovano all'assunto, poichè non sono che l'applicazione del principio secondo cui, per ottenere l'unità in mezzo alla divisione, l'ordine in mezzo alla libertà, nei governi liberi si considera la corona come il perno, intorno a cui s'aggirano tutti i poteri pubblici.

§ 8. Principali sistemi di ordinamento giudiziario.

Forme principali di governo politico — Forme corrispondenti di ordinamento giudiziario — Il giudice temporaneo ed il permanente — Le forme giudiziarie seguono in generale le forme politiche — Condizioni essenziali d'ogni ordinamento giudiziario.

Il potere giudiziario quantunque diviso dagli altri nel suo esercizio, è pur sempre uno dei poteri costituenti la sovranità dello stato. Ciò spiega il perchè le forme politiche abbiano sempre storicamente esercitato una massima influenza sull'ordinamento della giustizia.

Fra le tante e così svariate forme di governo politico che la storia ci fa vedere, due principalmente spiccano sulle altre la *monarchica* e la *democratica* secondo che negli ordini costituzionali prevale il principio d'*ordine*, o il principio di *libertà*. Tutte le altre forme di politico governo non sono che combinazioni più o meno ingegnose di queste due.

A queste due principali forme di statuto politico corrispondono due principali sistemi di ordinamento giudiziario, l'uno che rappresenta la *giustizia dello stato*, e l'altro la *giustizia del popolo*. Nella *democrazia*, in cui il potere sale dal basso all'alto, la giustizia è amministrata ai cittadini da privati cittadini, i quali si mutano ad ogni giudizio, e, pronunciata la sentenza, ritornano privati. È questo il sistema del *giudice temporaneo* o *popolare*. Nell'autocrazia o *monarchia*, in cui il potere scende dall'alto al basso, la giustizia è amministrata ai cittadini da pubblici funzionari, che il capo dello stato nomina od istituisce [1] in officio, e questo è il sistema dei *giudici permanenti* o della *giustizia dello stato*.

Questi due sistemi non s'escludono l'un l'altro in modo assoluto: tal volta domina di preferenza il sistema dei giudici permanenti, tal volta invece il sistema dei giudici temporanei: il più spesso tuttavia si combinano insieme in diverse proporzioni, la cui misura dipende in gran parte dai principii predominanti nella costituzione politica del paese. In Grecia gli ordini politici erano costituiti sul principio di libertà applicato nella sua più larga estensione e i *die-*

[1] Art. 68 dello Statuto

teti e gli *eliasti*, semplici cittadini erano dalla democrazia ateniese incaricati dell' amministrazione della giustizia; [1] Roma repubblicana aveva un governo aristocratico ed erano chiamati ad amministrare la giustizia i *judices jurati* [2] tolti esclusivamente dall' ordine senatorio e più tardi anche dall' ordine equestre; [3] a' giudici popolari è pure ai nostri tempi affidata parte dell' amministrazione della giustizia nei paesi più civili retti a governo libero, come in Inghilterra, nell'Unione americana, in Francia ed in Italia. I giudici permanenti invece prevalgono in Roma ai tempi del dispotismo imperiale; prevalgono nei tribunali ecclesiastici e in generale in tutti i paesi non ordinati a politica libertà.

Ma qualunque sia il sistema giudiziario, cui si voglia dare la preferenza, necessaria cosa è che si costituisca un giudice il quale *sappia*, *possa* e *voglia* pronunciare conformamente a giustizia. *Scienza*, *indipendenza* e *rettitudine* sono le tre condizioni che devono concorrere in ogni giudice; la *scienza* lo mette in grado di rettamente apprezzare gli elementi della controversia; l' *indipendenza* lo sottrae alle influenze estranee alla giustizia; la *rettitudine* lo premunisce contro i pericoli della sua stessa coscienza e lo mantiene imparziale fra i contendenti. Queste sono parimente le condizioni d' ogni ordinamento giudiziario, che sarà anzi tanto migliore quanto meglio saprà riunirle ed assicurarle in ogni magistrato giudicante.

[1] *V.* Schœmann, *Antichità greche*, I, traduzione di Rodolfo Pichler, Vienna 1857.

[2] Cic. *de offic.* III, 10 — Cic. *pro Cluentio*, 43

[3] Tacit. *Annal.* L. 22. c. 50.

TITOLO II.

IL GIUDICE TEMPORANEO, OSSIA LA GIUSTIZIA POPOLARE

§ 9. Il giurì in materia civile

Il giurì — Meglio conviene all'amministrazione della giustizia penale — Il giurì civile respinto in Francia — Nei giudizi civili vien meno l'elemento su cui il giurì può utilmente pronunziare — È incapace di pronunziare sul fatto — È incapace di apprezzare la prova legale — Inconvenienti pratici del giurì civile.

La forma più spiccata della giustizia popolare è il *giurì*; sotto il qual nome vuolsi intendere quel sistema giudiziario che chiama od almeno associa i semplici cittadini all' amministrazione della giustizia. Il giurì, naturale compagno di tutti i governi liberi, che già vediamo funzionare regolarmente in Atene ed in Roma, e che riappare più tardi sotto diverse forme nei giudizi germanici, nei giudizi dei pari e dura negli ordini moderni, è a nostro credere il vero tipo ideale e insieme pratico dell' amministrazione della giustizia penale: [1] ma crediamo del pari che non si possa con profitto adottare in materia civile.

[1] Quelli che considerano i giurati come *giudici del fatto* e i magistrati permanenti come *giudici del diritto* si fanno del

All' epoca della prima rivoluzione francese, che sul finire del secolo passato diede una scossa così violenta a tutte le instituzioni preesistenti, fu più volte messo in discussione se si dovea adottare il giurì, e tuttochè il giurì sembrasse una logica conseguenza del principio della *sovranità nazionale* proclamato ed attuato a quell' epoca, venne bensì adottato in materia penale, ma rigettato in materia civile.

Ciononostante parecchi scrittori, come il Comte, il Meyer [1] il Bonjean [2] ed il Melegari [3] danno la preferenza al giurì anche in materia civile, che per contro è ripudiato da scrittori non meno competenti quali sono il Bentham, [4] il Boncenne, [5] lo Sclopis [6] ed ultimamente il Bordeaux: [7] la dottrina dei quali sembra più conforme ai principii ed alle necessità della pratica.

Già abbiamo più sopra notato, che due sono gli elementi della controversia, il *fatto* che indusse una mutazione della condizione giuridica preesistente e il *diritto*, ossia la legge che al fatto si deve applicare: [8]

giurì un concetto inesatto. Il *giurì* può essere chiamato a risolvere tutta intiera la questione, come avveniva in Atene ed in Roma e come in generale avviene sempre quando la legislazione positiva si riduce a poche e semplici regole, che rimangono patrimonio della coscienza popolare. Il sistema che divide il *fatto* dal *diritto* nel senso ora indicato prese origine in Inghilterra e non è che una delle varie forme che prende il *giurì* nella sua esteriore manifestazione.

[1] Meyer, *Instituzioni giudiziarie*, lib. VIII, cap. 23.

[2] Bonjean, *Traité des actions chez les Romains* I, § 90-98.

[3] L. A. Melegari. *Lezioni di diritto costituzionale* I, Lez. 39 p. 213.

[4] Bentham, *De l' organisation judiciaire*, ch. 27.

[5] Boncenne, *Theorie de la proc. civ.* Intr. ch. 10

[6] F. Sclopis, *Dell' autorità giudiziaria*, cap. V.

[7] R. Bordeaux. *Philosophie de la pr. civ.* p. 270.

[8] *V. sopra* § 6

questi due elementi si riscontrano sempre in ogni giudizio civile e penale. Ma nei giudizi penali a questi due viene ad aggiungersi un terzo elemento, poichè il reato oltre al supporre un *fatto* perturbativo dell'ordine sociale ed una *legge* che minacci una pena da applicarsi all'autore del fatto, suppone di più il concorso d'un *elemento morale*. E per vero è principio certissimo che non si può infliggere ad un individuo umano una pena, se il fatto per cui s'infligge, non è stato dall'agente pensato e liberamente voluto; se in altri termini il fatto non è imputabile al suo autore al cospetto della legge morale. Nessun moralista, nessun criminalista ha mai sostenuto, che si possa giustamente punire d'un fatto l'agente che non ne sia moralmente responsabile; il male che si fa da chi non ha la coscienza del suo operato si può considerare come una sventura, ma non se ne può punire l'agente più di quel che punir si potrebbe quando il male fosse il portato d'una cieca forza della natura; così che l'imputabilità morale resta una condizione essenziale della penale imputabilità. [1] Segue da ciò che la questione penale implica virtualmente due diversi giudizi, quello in cui si determina l'*imputazione morale*, e quello in cui si determina l'*imputaziane legale*, in guisa che lo stesso e medesimo fatto deve essere apprezzato alla stregua di due leggi diverse, della legge morale e della legge penale, da due diversi giudici, dal

[1] Il legislatore minaccia talvolta una pena a chi commette un reato per semplice imprudenza: queste disposizioni tuttavia assai rare ed affatto eccezionali e date piuttosto per avvertire un incauto e prevenire il male, che per frenare una volontà determinata a delinquere, o a punire il male commesso, non mutano la sostanza della vera questione penale.

giurì che dichiara se il fatto è *moralmente* imputabile, e dal giudice permanente che decide se il fatto è *legalmente* incriminabile.

Nella questione civile invece non si riscontra l' *elemento morale.* Nelle controversie civili il diritto cadente in questione è semplicemente *patrimoniale*, e si risolve od almeno si può sempre risolvere nel rifacimento del danno: il fatto che reca ad altri un danno patrimoniale, ne assoggetta sempre l' autore al risarcimento, sia o non sia, il fatto pensato e liberamente voluto: ciò tanto è vero che la legge può senza ingiustizia rendere *civilmente responsabili* certe persone d' un danno recato per *fatto altrui* quando il fatto si fosse potuto e dovuto per esse impedire. [1] Vi manca adunque nella questione civile l' elemento che solo può essere con sicurezza affidato al giurì, poichè, la legislazione non essendo semplice e popolare, il giurì sarebbe incapace di risolvere rettamente la questione legale.

Il giurì non sarebbe nemmeno idoneo a risolvere la questione di fatto in materia civile, poichè il fatto implica il più spesso una questione legale e quasi quasi si confonde col diritto. Per vero il fatto nei giudizi civili non deve soltanto essere apprezzato nella sua *esistenza materiale*, ma anche nella sua *esistenza legale*; perocchè il fatto che materialmente esiste, può talvolta aversi per inesistente agli occhi della legge civile; il che succede quando il fatto non sia fornito delle condizioni di forma intrinseca ed estrinseca necessarie alla sua legale sussistenza o validità. — Prendiamo il fatto più semplice e comune, il fatto d' una giuridica

[1] Art. 1151, 1152, 1153 cod. civ.

convenzione; il giurì potrà dichiarare essersi realmente conchiuso tra le parti l'accordo, ma ciò non basta per determinarne gli effetti legali. Data l'esistenza materiale della convenzione, sorgono altre domande: le parti contraenti aveano la giuridica capacità di contrattare? V' era una causa lecita per obbligarsi? l'oggetto della convenzione era legalmente possibile? la convenzione è rivestita di quelle forme esteriori, che sono per avventura prescritte sotto pena di nullità? Tutte queste ed altre simili questioni devono essere risolte per poter pronunciare sugli effetti della convenzione e non si possono risolvere dal giurì, che ignora la legge.

Applicando alle prove lo stesso ragionamento si giunge alla medesima conclusione. Al sistema della *prova morale* che domina nei giudizi penali, la legge nei giudizi civili per ragioni di convenienza sostituisce il sistema della *prova legale;* la prova non è più la convinzione del giudice, ma sovente la convinzione del legislatore, il quale per dati fatti esclude talvolta certe e determinate prove, o almeno non le ammette se non a certe condizioni. Così per esempio, sebbene per diritto comune sia ammessa la prova testimoniale anche nei giudizi civili, in date controversie tuttavia è assolutamente esclusa, in altre non è permessa se non quando vi concorra un principio di prova per iscritto; [1] sovente la prova testimoniale è insufficente e si richiede la prova scritta, [2] e talvolta l'atto pubblico. [3] La

[1] Art. 1341, 1343, 1344, 1348 cod. civ.
[2] Art. 1314 cod. civ.
[3] Art. 1056, 1382 cod. civ.

produzione adunque o la formazione delle prove che ha luogo nei giudizi civili, implica parimente una questione legale, che il giurì per la ragione indicata non è in grado di risolvere. — Che se per rendere possibile il giurì civile si volesse da taluno ritornare anche nei giudizi civili al sistema della prova legale, dovrebbe arrestarlo il pensiero che per tal guisa si farebbero rinascere tutti quei pericoli, che la legislazione volle evitare ordinando il sistema della prova legale e particolarmente limitando la prova per testimoni. [1]

Il giurì civile infine nella pratica darebbe luogo a nuove e gravissime difficoltà. Per la frequenza delle controversie civili un numero straordinario di cittadini si dovrebbe distogliere dalle consuete applicazioni, e non sarebbe conforme a giustizia ed all'equità ciò fare senza conveniente compenso. — Ma d'altro canto, concedendo ai giurati una retribuzione, oltrechè s'aggraverebbe lo stato d'una spesa enorme, si correrebbe il rischio di convertire in mestiere l'alto ufficio del giurato e di corrompere colla corruzione dei giudici l'amministrazione della giustizia, come la storia ne attesta essere accaduto rispetto agli *eliasti* di Atene ed ai *judices jurati* di Roma. [2]

[1] Bordeaux, *Philosoph. de la pr. civ.* ch. 22.
[2] Becot, *De la justice répressive*, pag. 6, 7, 51.

§ 10 Il Compromesso.

Compromesso — Gli arbitri esercitano una vera giurisdizione — Cenni storici sul compromesso — Abuso del compromesso in Francia — Inconvenienti — Riforma delle posteriori legislazioni.

Se la legislazione secondando i dettati della teoria non poteva adottare il giurì in materia civile, non dovea per altro proscrivere la *giurisdizione degli arbitri* e il *compromesso,* che altro non è, se non una convenzione per cui due o più persone s'obbligano di rimettere la decisione d'una loro controversia privata al giudizio degli arbitri. L'arbitramento non è tanto un mezzo di prevenire le liti, quanto un particolare sistema giudiziario; poichè la giurisdizione degli arbitri non differisce dalla giurisdizione dei giudici permanenti, se non per la diversità delle persone incaricate della decisione e per la diversità della procedura: ma la sentenza degli arbitri è una vera sentenza, che ha legale autorità come quella dei giudici permanenti e in conseguenza passa in cosa giudicata e si manda ad esecuzione. Che anzi l'arbitramento è al punto di vista della teoria il miglior sistema che si possa imaginare e praticare per la soluzione delle controversie civili; perocchè, i giudici essendo nominati dalle stesse parti interessate, queste ravviseranno nei giudici volontariamente eletti le più sicure guarentigie di capacità, d'indipendenza e di rettitudine.

La giustizia arbitrale è forse la forma più antica che abbia assunto l'amministrazione della giustizia: non erano ancora costituiti ed ordinati i tribunali, e già

probabilmente il *compromesso* si praticava; [1] il giudizio degli arbitri compromessari era una forma di diritto comune con cui s' amministrava la giustizia civile in Atene; [2] si trova nella legislazione romana su larghe basi ordinato il compromesso; [3] del compromesso si occupò il diritto canonico [4] e le moderne legislazioni. Nulla infatti vi è di più naturale e ragionevole, che permettere alle parti, le quali possono dei loro diritti liberamente disporre, di mettersi d'accordo e chiamar giudici della loro differenza persone che loro inspirino piena confidenza nella bontà e giustizia della decisione.

Questa considerazione ebbe tanta influenza da determinare in Francia la prima assemblea costituente ad inserire nella costituzione una disposizione che non solo riconosceva il diritto naturale dei cittadini di terminare le loro controversie per via di arbitramento, ma stabiliva inoltre che questo diritto non potesse essere limitato con atti del potere legislativo; [5] disposizione che venne poi ripetuta in altre posteriori costituzioni francesi. [6] L'assemblea costituente inoltre innamorata per così dire di questa instituzione mantenne ed ampliò *l'arbitramento forzato* già prima in uso rispetto a certe controversie tra prossimi parenti, stabilì cioè che le controversie tra marito e moglie, tra ascenden-

[1] *V.* Bourbeau, *De la justice de paix.* p. 421

[2] *V.* Schœmann, *Antichità greche*, I.

[3] D. Tit. *De receptis, qui arbitr. recep.*, IV, 8. Tit. C. *De receptis arbitris*, II, 56.

[4] Decr. Tit. *de arbitris*, I, 42 c. 14. — 22, c. Tit. 2 in 6.°

[5] Art. 5 C. *V.* della cost. 3-14 settembre 1791.

[6] Art. 86 della cost. del 1793. art. 210 della cost. 5 fruttid. an. III (22 agosto 1795.)

te e discendenti, tra fratelli e sorelle, tra zio e nipote fossero portate davanti un *tribunale di famiglia*, che si componeva di arbitri scelti tra i parenti, gli amici ed i vicini delle parti. [1] Fu mantenuto l' arbitramento forzato nelle controversie fra i soci per causa di società commerciale, che la Convenzione più tardi estese anche alle controversie nascenti dall' applicazione di certe leggi che si riferivano ai beni comunali ed a date successioni. [2] Che più? tanto era in favore il compromesso che si volle persino mutar nome ai giudici permanenti, e si chiamarono *arbitri pubblici*: gli arbitri pubblici poi erano eletti dalle assemblee elettorali per giudicare delle controversie non terminate definitivamente dagli arbitri privati e dai giudici di pace, in ultima istanza, su semplice difesa verbale senza spesa e senza procedura scritta. [3]

Queste disposizioni esageravano la naturale estensione dell' instituzione a danno della giustizia. Dapprima l' arbitramento forzato implica una contradizione nei termini: si può concepire che i privati i quali sono in lite fra loro, convengano di sottoporne la decisione ad altri cittadini di loro confidenza, ma non si può comprendere che, quando non possano mettersi d' accordo, quest' accordo tuttavia debba per legge divenire obbligatorio, poichè mentre il compromesso è una convenzione che deve essere liberamente consentita, l' arbitramento forzato alla libera volontà delle parti sostituisce la legale necessità. — Gli arbitri pubblici poi non erano idonei all' alto ufficio cui eran

[1] *V.* L. 16-24 agosto 1790.
[2] *V.* L. 10 giugno 1793.
[3] Art. 86, 91, 93, 94 della cost. 24 giugno 1793.

chiamati: eletti dalle assemblee elettorali erano più i rappresentanti di un partito politico, che giudici imparziali.

« L'esperienza ha messo in luce ben presto i vizi di questo sistema, e una voce generale accusò il legislatore d'imprevidenza. Da tutte parti si citavano in Francia sentenze arbitrali, in cui le leggi erano imprudentemente violate e pregiudicati i più sacri interessi, in cui arbitri ignoranti, pusillanimi, subornati non aveano ascoltato che le loro preconcette opinioni, il timore ed il favore. [1] »

Gli eccessi provocano la reazione; ed al favore, con cui è stato accolto il compromesso, è succeduta la diffidenza e l'avversione. Fu dapprima ben presto abolito l'arbitramento forzato; [2] agli arbitri pubblici furono sostituiti i tribunali permanenti, e in fine il *consiglio dei cinquecento* deliberò d'abolire perfino l'arbitramento volontario, deliberazione che venne tuttavia respinta dal *consiglio degli anziani.* [3] Questa reazione spiega il perchè nella compilazione del codice di procedura civile francese il compromesso venne assoggettato a tali disposizioni e restrizioni che non può più, nel sistema di quella legislazione, dare tutti quei frutti,

[1] *V.* Bellot, *Exposé des motifs.* p. 323. *V.* anche E. Regnard, *De l'organis. judic. et de la proc. civ.* p. 127.

[2] L. 9 ventoso anno IV. — L'arbitramento forzato fu tuttavia mantenuto in certe controversie commerciali (articolo 51, 52 cod. comm. franc.) forse allo scopo di tener segreto lo stato della *società;* ma lo scopo è mancato dal momento che si concede appello della sentenza degli arbitri (*V.* Seligman, *Les reformes* etc. p. 233.)

[3] Seduta del 19 ventoso anno VII.

di cui sarebbe capace: [1] al quale inconveniente hanno cercato di provvedere le posteriori legislazioni.

§ 11. Capacità di compromettere.

Capacità di compromettere — compromesso fatto da persone incapaci o da amministratori.

Alla *validità* del compromesso, come risulta dalla datane definizione, devono concorrere primieramente tutte le condizioni richieste per la validità delle convenzioni giuridiche in generale: e poichè per effetto del compromesso la controversia si rimette al giudizio degli arbitri, il che implica parimente una eventuale rinuncia al diritto, deve inoltre concorrere nel compromettente la facoltà di poter liberamente disporre del diritto cadente in questione. [2]

Come conseguenza del principio regolatore della capacità di compromettere questa facoltà esser non dovrebbe accordata a quelli che non hanno il pieno e libero esercizio dei loro diritti civili, come sono i minori, gl'interdetti, gl'inabilitati, la donna maritata, nonchè agli amministratori o mandatari convenzionali o legali, a cui detta facoltà non sia stata espressamente o tacitamente concessa. Ma non piacque al legislatore la logica del principio stabilito, e, parificando quanto alla capacità il compromesso alla transazione, accordò agli amministratori, ed in generale a chi non può liberamente disporre della cosa su cui cade la controversia, la facoltà di compromettere quando concorrano le condizioni di forma abilitativa stabilite per la transa-

[1] *V.* art. 1003-1028 cod. pr. civ. franc.
[2] Art. 9 cod. pr. civ.

zione. [1] Ma a torto colla transazione si confonde il compromesso; poichè, mentre in quella il compenso che si riceve è noto e certo, in questo invece, le condizioni dell' accordo dipendendo dalla sentenza degli arbitri, non si possono apprezzare in tutta la loro estensione i sacrifizi che si fanno ed i vantaggi che si ricavano: laonde se può dirsi che la facoltà di compromettere implica quella di transigere, non sembra che viceversa la facoltà di transigere includa di sua natura quella di compromettere. [2]

Avvertiamo tuttavia che quando si dice il compromesso fatto dall' incapace non aver effetto quando non è approvato nei modi stabiliti per la transazione, si allude al caso in cui il compromesso riguardi un diritto che non sia a libera disposizione dell' incapace; chè seguendo la logica del principio dalla legge formalmente riconosciuto, quando si tratta di persona che abbia una capacità limitata, entro i limiti di questa capacità potrà liberamente compromettere senza necessità di osservare le formalità della transazione. Così crediamo valido il compromesso fatto dal minore emancipato o dalla donna maritata intorno a controversia concernente atti di semplice amministrazione o da un procuratore convenzionale o legale intorno a cose, che il mandato lascia a loro libera disponibilità. [3]

[1] Art. 9 cod. pr. civ.

[2] *V.* Borsari, Comm. all'art. 9 cod. pr. civ. E infatti la legge stessa dichiara che la *facoltà di fare transazioni non comprende quella di fare compromessi.* (art. 1742 cod. civ.)

[3] *V. sopra* § 2.

§ 12. Oggetto del compromesso.

Cose che possono formare oggetto di compromesso — Compromesso su controversie future — Compromesso sulle controversie per alimenti.

L'*oggetto* del compromesso, come l'oggetto delle convenzioni generali, deve essere naturalmente e legalmente possibile.

L'oggetto non è naturalmente possibile se non è determinato od almeno determinabile nella sua specie; [1] debbono adunque essere specificate le controversie su cui invocano le parti la decisione degli arbitri, sotto pena di nullità del compromesso. [2]

A questo punto suolsi sollevare il dubbio se sia valido il compromesso intorno a controversie future. Per risolvere il dubbio sembra doversi procedere distinguendo, se il compromesso si riferisca a tutte le controversie in generale che potranno in avvenire insorgere fra i compromettenti, ovvero riguardi soltanto le controversie che potranno sorgere da un certo e determinato contratto tra i compromettenti seguito; nullo nel primo caso è il compromesso, valido nel secondo. La ragione di questa differenza consiste in ciò, che nel primo caso l'oggetto del compromesso è affatto indeterminato, nè si può in alcuna guisa determinare, poichè non si può prevedere se e quali controversie potranno sorgere fra i compromettenti e conseguentemente non si può conoscere la natura ed il valore dell'oggetto del compromesso. — Certo le cose

[1] *V. sopra* § 3. — Art. 1117 cod. civ.
[2] Art. 11 cod. pr. civ.

future, salve poche eccezioni, [1] possono formare oggetto di contratto; [2] ma ciò non può essere, se non alla condizione che la cosa dedotta in contratto sia determinata od almeno determinabile. — Nel secondo caso invece quantunque non si possano ancora indicare le particolari questioni, riferendosi tuttavia il compromesso ad un determinato contratto, ne sono noti e certi i confini e se ne possono al momento del contratto calcolare per approssimazione gli effetti. — Questa teoria che già era prevalsa nella dottrina degli scrittori francesi venne esplicitamente accolta dalla legislazione italiana. [3]

Non è poi legalmente possibile l'oggetto, ed il compromesso è nullo, quando s'aggiri intorno a cosa contraria al buon costume od all'ordine pubblico, [4] e in generale intorno a cosa, su cui la legge vieta la transazione. [5]

Si può dubitare se sia valido il compromesso di controversie sugli *alimenti*. La legge romana proibiva la transazione intorno ai *legati di alimenti*; [6] il codice francese, seguito da alcuni altri codici posteriori, proibisce il compromesso sulle *donazioni e legati*

[1] Non è permessa la donazione dei beni presenti e futuri (art. 1064 cod. civ.) — la società universale dei beni presenti e futuri (art. 1700-1704 cod. civ.) — la comunione dei beni tra' coniugi rispetto a certi beni futuri (art. 1433 cod. civ.) — la rinuncia ad una successione futura (art. 1118 cod. civ.) — la rinuncia preventiva alla prescrizione (art. 2017 cod. civ.)

[2] Art. 1118 pr. cod. civ.

[3] *V.* BONNIN, *Comm.* art. 1006 cod. pr. civ. — CHAUVEAU in Carrè, 379 - 2° — Art. 12 cod. pr. civ.

[4] *V. sopra* § 3. *V.* anche art. 8 cod. pr. civ.

[5] Art. 8 in f. cod. pr. civ. — L. 32 § 6 *de recept. qui arb.* IV, 8.

[6] L. 8 *de transact.*, II, 15.

d' alimenti, abitazione e vestiario; [1] il codice italiano serba a questo riguardo il più completo silenzio. Dal silenzio della legge crediamo si debba dedurre che il compromesso sugli alimenti sorta il suo pieno effetto. Il diritto agli alimenti è un diritto patrimoniale a disposizione del compromettente, come tutti gli altri diritti patrimoniali; nè può dirsi inalienabile, come alcuni pretendono, quasi che il creditore non abbia diritto di rinunciare ai mezzi necessari al suo sostentamento. Questo sistema, per cui la legge vorrebbe sopperire all' imprevidenza dei privati e tenerli in certo modo sotto una continua tutela, non è più nello spirito della nuova legislazione che lascia a ciascuno piena libertà di provvedere ai suoi interessi patrimoniali. La ragione invocata a fondamento del sistema contrario non regge, poichè ne condurrebbe a negare ai privati persino la libera disponibilità degli altri diritti patrimoniali, perchè contrattando potrebbero esser tratti a ruina. [2]

§ 13. Forma del compromesso.

Forma del compromesso — Indicazioni che deve contenere. Deve risultare da atto scritto — Differenza tra il *compromesso* e l' *obbligo di compromettere* circa l' indicazione degli arbitri.

Quanto alla *forma* il compromesso deve determinare le controversie nel modo suindicato, indicare il

[1] Art. 1004 cod. pr. civ. franc.

[2] Ciononostante quando l' obbligo degli alimenti ha il suo fondamento nei vincoli di sangue il compromesso è nullo nel senso che trovandosi posteriormente in bisogno può come per nuovo diritto ridomandare gli alimenti (*V.* art. 186 cod. civ.

nome dei compromettenti e degli arbitri, e infine risultare da atto scritto sotto pena di nullità. [1]

Quest' ultima disposizione è destinata ad eliminare una quantità di questioni, che con tutta probabilità sorgerebbero qualora i termini del compromesso fossero abbandonati alla labile memoria dei contraenti e dei testimoni, non che a determinare i limiti della giurisdizione degli arbitri: il che era parimente indispensabile per poter con sicurezza decidere se gli arbitri nell' adempimento del loro ufficio siano trascorsi a qualche eccesso di potere. [2]

Rispetto all' indicazione degli arbitri [3] vuolsi osservare che la pena di nullità si applica al *compromesso* e non all' *obbligo di compromettere*: la qual distinzione trova la sua applicazione nel caso che le parti in un dato contratto siansi obbligate a compromettere le controversie che nasceranno dal medesimo. L' obbligo di compromettere deve sempre sortire il suo effetto, e quando le parti non abbiano fatta la nomina degli arbitri nel contratto stesso, la potranno fare posteriormente, e quando infine non si trovino d' accordo nella

L. 8 *de reg. jur.* L. 17. —*jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt.* — Tutti poi sono d' accordo nel riconoscere la validità del compromesso relativo alle pensioni alimentari già scadute (*V.* CHAUVEAU in Carrè, 3263-3264.)

[1] Art. 11 cod pr. civ.

[2] La legge vuole che risulti da *atto pubblico* o da *scrittura privata:* niun dubbio tuttavia che sarebbe valido il compromesso contenuto in un *processo verbale* di conciliazione (V. BORSARI, comm. art. 11 cod. pr. civ.)

[3] La legge prescrive che si indichi il *nome* e *cognome* delle *parti* e degli *arbitri;* sembra tuttavia valido il compromesso anche quando l' indicazione sia fatta altrimenti, purchè in maniera da non lasciar dubbio sulla *designazione delle persone.*

scelta, nè abbiano provveduto diversamente, la nomina degli arbitri sarà fatta dall' autorità giudiziaria; [1] unico mezzo in caso di dissenso per mandare ad esecuzione l'obbligazione, cui reciprocamente si erano sottomesse le parti. All' infuori di questa ipotesi il compromesso che non contenga insieme l' indicazione degli arbitri, sarebbe colpito di nullità, salva sempre una diversa disposizione delle parti. [1]

§ 14. Effetti del compromesso.

Effetto generale del compromesso valido — Modi con cui il compromesso valido da principio può essere posteriormente invalidato — Revocazione degli arbitri — Mancanza di uno di essi; ricusazione degli arbitri — Scadenza del termine.

Effetto generale del compromesso valido quello è di conferire agli arbitri eletti la necessaria giurisdizione per risolvere le controversie indicate nel compromesso, e di costringere le parti ad accettarne la decisione come se fosse pronunciata da giudici permanenti.

Se non che il compromesso può esser nullo da principio, od anche se valido da principio, può essere posteriormente invalidato. Nullo fin dal principio è il compromesso quando manchi una delle condizioni essenziali alla sua validità, che siamo fin qui venuti svolgendo. Il compromesso valido da principio diventa nullo e cessa d'aver effetto in molti modi, che sono dalla legge ridotti a tre, colla *revocazione* degli arbitri, colla *mancanza* d'uno dei medesimi e colla *scadenza del termine*.

[1] Art. 11 e 12 cod. pr. civ.
[2] Art. 11 e 12 cod. pr. civ.

Che le parti possano revocare in qualunque tempo gli arbitri e ritirare dalle loro mani l' autorità loro dianzi accordata è una conseguenza della libertà di contrattare ed una semplice applicazione del generale principio per cui — *omnia, quæ iure contrahuntur, contrario iure pereunt*; [1] quella volontà stessa che avea creato la giurisdizione arbitrale, può del pari disfare l' opera sua. [2] E poichè la giurisdizione arbitrale tutta dipende dalla volontà delle parti, crediamo fondata la dottrina, secondo cui possono dalle parti essere gli arbitri revocati anche quando la loro nomina sia stata fatta dall' autorità giudiziaria e dalle parti stesse posteriormente accettata. [3]

Per *mancanza* di uno degli arbitri *nominati dalle parti* diventa parimente nullo il compromesso, poichè gli arbitri rimanenti non offrono più quelle garanzie di sicurezza, od almeno quella confidenza che ebbero cura di procacciarsi i compromettenti. Cessa però d' aver effetto il compromesso quando, per esempio, uno degli arbitri non accetti l' incarico, o vi desista dopo averlo accettato, o diventi incapace, o venga a morire: [4] solo rimane salvo alle parti il diritto al risarcimento dei danni verso quegli arbitri, che dopo aver accettata la nomina, senza giusto motivo desistano o non pronuncino nel termine stabilito. [5] Dal che si vede che rispet-

[1] L. 100 *de reg. jur.* L. 17.

[2] Art. 34. 1° cod. pr. civ.

[3] *V.* in questo senso Borsari all' art. 72 cod. pr. civ. La revocazione deve poi esser fatta nella forma medesima prescritta per l' atto di compromesso (art. 34 1.° cod. pr. civ.)

[4] Art. 34 2.° cod. pr. civ.

[5] Art. 34 in f. cod. pr. civ. L' azione contro gli arbitri pel risarcimento dei danni corrisponde all' *azione civile* contro i giudici permanenti (art. 783 cod. pr. civ.)

to agli *arbitri* la legge ha parificato il compromesso al mandato. [1]

Ma per contro il compromesso non è nullo quando venga a mancare una delle *parti;* la nomina degli arbitri sarebbe in tal caso esercitata dal successore del mancante o da chi legalmente lo rappresenta. Dal che si vede parimente che rispetto alle *parti* non ha più parificato il compromesso al mandato, che cessa colla morte del mandante; [2] ma invece s'attenne alla generale presunzione che ciascuno contratti per sè, per i suoi eredi ed aventi causa. [3]

Gli arbitri possono essere *ricusati* come i giudici permanenti. [4] Non v'è dubbio che van soggetti a ricusazione gli arbitri nominati dall'autorità giudiziaria per la ragione che non sono nominati dalle parti; quanto agli arbitri da queste nominati sembra parimente, che possano essere ricusati per cause sopravvenute posteriormente alla loro nomina, ma non per cause alla nomina preesistenti le quali fossero ai compromettenti note, poichè in tal caso si deve dal fatto della nomina dedurre una presunta rinuncia alla futura ricusazione: alla quale però si deve far luogo quando le cause preesistenti alla nomina fossero dalle parti ignorate. [5] Siccome poi gli *arbitri* sono veri

[1] Art. 1757 cod. civ. Il compromesso non diventa nullo quando viene a mancare uno degli arbitri *nominati dall'autorità giudiziaria* e quando le parti abbiano diversamente stabilito (art. 34 2.° cod. pr. civ.)

[2] Art. 1757 cod. civ.

[3] Art. 1127 cod. civ. Arg. art. 12 in f. cod. pr. civ.

[4] Art. 34 2.° cod. pr. civ.

[5] Crediamo doversi in questo senso interpetrare la disposizione della legge che parla solo in genere di *ricusazione* (art. 34 2.° cod. pr. civ.)

giudici, le cause di ricusazione degli arbitri sono quelle stesse per cui possono essere ricusati i giudici permanenti. [1]

In ordine al giudice che deve conoscere delle cause di ricusazione, crediamo che sia lo stesso collegio degli arbitri, salvo l'appello all'autorità giudiziaria competente, poichè la ricusazione non è che un incidente del giudizio, che si può risolvere dal giudice autorizzato a risolvere la controversia principale: [2] ma se un solo arbitro siasi nominato crediamo che debba conoscere della ricusazione il tribuuale civile. [3]

Pronunciata la ricusazione, cade il compromesso [4] a meno che si tratti di arbitro nominato dall' autorità giudiziaria. [5]

Cessa infine il compromesso colla *scadenza del termine*. [6] Affinchè non avvenga che a danno delle parti gli arbitri differiscano indebitamente la soluzione della controversia, le parti possono nel compromesso fissare un termine, entro cui gli arbitri devono pronunciare la loro sentenza, e, nel silenzio delle parti, è stabilito un termine di diritto, che secondo i casi decorre o dal giorno del compromesso, o dal giorno della nomina degli arbitri, o infine dal giorno in cui fu notificato agli arbitri l'invito di entrare in funzione, [7] e in ca-

[1] *V.* art. 116 cod. pr. civ.
[2] *V.* in contrario CHAUVEAU in Carrè, 3320.
[3] Arg. art. 120 cod. pr. civ.
[4] Art. 34 2.° cod. pr. civ.
[5] Arg. art. 12 cod. pr. civ.
[6] Art. 34-3° cod. pr. civ. — L. 1 C. de *receptis arbitris* II, 46 « *Si ultra diem, compromisso comprehensum, judicatum est, sententia nulla est.* »
[7] Il termine legale è di novanta giorni. Decorre dal giorno del compromesso quando per controversie già insorte nel-

so di morte d' una delle parti è per espressa disposizione di legge prorogato d' un terzo. [1] Se finalmente nel termine indicato sia stata pronunziata una *sentenza non definitiva*, decorre un nuovo termine uguale a quello stabilito nel compromesso o dalla legge, a computarsi dalla data del decreto che rese esecutiva la pronunciata sentenza: [2] sotto il nome generico poi di *sentenza non definitiva* crediamo comprese anche le *sentenze preparatorie.* [3]

§ 15 Tribunale degli arbitri.

Arbitri idonei — Stranieri — Donne, minori, interdetti e condannati non riabilitati — Illetterati — Accettazione degli arbitri — Composizione del tribunale arbitrale — Disparità del numero.

A comporre il tribunale arbitrale devonsi chiamare anzitutto persone che ne siano capaci per legge: la legge poi, come pel compromesso, anche in ordine alla scelta degli arbitri larghissima libertà concede ai contendenti ed all'autorità giudiziaria, che nei casi previsti debba farne la nomina: all' infuori di alcune

l' atto stesso del compromesso si sono nominati tutti gli arbitri — decorre dal giorno della nomina dell' ultimo arbitro in caso che le parti siansi òbbligate a compromettere controversie future — decorre dal giorno in cui fu notificato agli arbitri l'invito per entrare in funzione, quando compromettendo controversie future, abbiano intanto anche fatta la nomina degli arbitri; facendo in quest' ultimo caso decorrere il termine della nomina degli arbitri si renderebbe sovente inutile il compromesso.

[1] Art. 16 cod. pr. civ. È sempre in facoltà dalle parti di prorogare il termine fissato nel compromesso o dalla legge secondo che credono meglio convenire ai loro interessi.

[2] Art. 34 in f. cod. proc. civ.

[3] *V.* in contrario Borsari, all'art. 34 cod. pr. civ.

eccezioni affatto ragionevoli, chiunque, cittadino o straniero, può essere nominato arbitro. [1]

A questo rispetto solo si poteva in tesi legislativa dubitare, se convenisse dare una siffatta capacità allo straniero. Il motivo del dubbio consiste in ciò, che l'arbitramento, qual mezzo d'amministrare la giustizia, è l'esercizio d'un diritto politico, ed agli stranieri si devono bensì accordare i diritti civili, [2] ma non si possono ugualmente concedere i diritti politici, se non quando siano legalmente divenuti cittadini d'adozione. — Considerando tuttavia che l'ufficio degli arbitri ne' suoi effetti non esce dalla contenenza del diritto e dell'interesse privato — che la sentenza degli arbitri non può essere mandata ad esecuzione se non è emanata nel regno [3] e resa esecutiva con un decreto dell'autorità giudiziaria permanente [4] — che si possono, premesso un giudizio di delibazione, eseguire nel regno anche le sentenze dei tribunali stranieri [5] — che infine l'esclusione dello straniero renderebbe più difficile il compromesso, quando nello straniero le parti riponessero la loro confidenza, ne pare da commendarsi la legge che in ciò lo straniero pareggia pienamente al cittadino.

Le eccezioni riguardano le donne, i minori, gli interdetti e coloro che esclusi dall'ufficio di giurato per condanna penale non furono riabilitati. [6] L'incapacità dichiarata dalla legge è naturalmente limitativa; a

[1] Art. 10 cod. pr. civ.
[2] Art. 3 cod. civ.
[3] Art. 22. cod. pr. civ.
[4] Art. 24. in f. cod. pr. civ.
[5] Art. 941 cod. pr. civ.
[6] Art. 87 della L. *sull' ord. giud.* — art. 10 cod. pr. civ.

differenza però di quanto avveniva nella precedente legislazione, [1] possono essere arbitri anche i membri dell'ordine giudiziario. [2] Ma quantunque limitata ed eccezionale la disposizione della legge, vuolsi tuttavia intendere nei termini e nel senso che fu concepita: diremo adunque che non potranno essere nominati arbitri in questioni commerciali i minori e le donne esercenti la mercatura; [3] se le donne ed i minori commercianti sono, come tali reputati, pienamente capaci, siffatta capacità restringesi al loro commercio ed al loro interesse. [4]

Si fa questione se possano essere nominati arbitri quelli che non sanno scrivere. Da varie disposizioni si deduce, che la legge suppone che gli arbitri eletti sappiano scrivere; è stabilito infatti, che l'accettazione degli arbitri debba esser fatta per iscritto [5] e che la sentenza rechi la sottoscrizione degli arbitri [6] sotto pena di nullità. [7] A ciò vuolsi aggiungere, che gli illetterati non sarebbero in grado di rettamente apprezzare il valore delle prove scritte prodotte. Sembra dunque che gli illetterati debbano reputarsi incapaci. — Considerando tuttavia che la regola generale formalmente ammessa dalla legge è la capacità — che le fatte eccezioni non comprendono gli illetterati — che non si può estendere per via d'interpretazione un'incapacità che non è espressamente dichiarata, crediamo capaci d'essere nominati arbitri anche gli illetterati — Alla sot-

[1] Art. 1105 cod. pr. civ. sardo.
[2] Arg. art. 116 - 9° cod. pr. civ.
[3] Art. 4-10 cod. comm.
[4] Quanto a *minori* ed alle *donne* V. CHAUVEAU in Carrè, 3260.
[5] Art. 13 cod. pr. civ.
[6] Art. 21 cod. pr. civ.
[7] Art. 32-4° cod. pr. civ.

toscrizione dalla legge voluta si può supplire in altro modo equipollente. [1] — Del resto non basta la nomina a conferire la qualità di arbitro: si richiede inoltre, come nel mandato, l'accettazione per parte dell'arbitro eletto: la quale deve pure, come il compromesso, risultare da atto scritto. [2]

Il tribunale arbitrale si deve comporre ad imitazione dei tribunali permanenti. Le parti, se così vogliono, possono colla nomina di un solo arbitro costituire il tribunale con un giudice unico [3] ad esempio del conciliatore [4] e del pretore; [5] possono anche comporre un tribunale collegiale con tanti membri quanti piacciono alle parti, purchè in numero dispari. [6] La disparità del numero è omai divenuta un canone fondamentale di ordinamento giudiziario dalla legge applicato anche alla composizione dei tribunali permanenti, [7] ed ha per iscopo d'assicurare la maggioranza nella prolazione della sentenza.

Secondo la legge francese gli arbitri sono nominati da ciascuna delle parti in numero pari, e così, invece che giudici, sono più presto i difensori della parte che li ha nominati. In caso di divisione dei voti, che è molto frequente, per rendere possibile la risoluzione della controversia, gli arbitri eletti dalle parti vengono dalla legge autorizzati a nominare un terzo arbitro, il quale pronunzierà

[1] Art. 49 cod. pr. civ.
[2] Art. 13 cod. pr. civ.
[3] Art. 8 cod. pr. civ.
[4] Art. 27 della L. *sull' ord. giud.*
[5] Art. 34 della L. *sull'ord. giud.*
[6] Art. 8 cod. pr. civ.
[7] *V.* art. 46, 61, 67, 76, 127 della L. *sull'ord. giud.*

in certi casi anche da solo. [1] — Questo sistema snatura il carattere e lo scopo dell' arbitramento che quello è di far decidere la questione da persone che abbiano la fiducia delle parti; e, rendendo necessaria la rinnovazione del giudizio davanti il nuovo arbitro, dà luogo ad indebiti ritardi ed a nuove e maggiori spese; [2] saviamente però venne abbandonato dalle posteriori legislazioni. [3]

§ 16. Competenza degli arbitri.

Competenza per materia — Competenza per territorio — Controversie incidentali — Controversie concernenti la nullità del compromesso.

La maggiore o minore estensione della giurisdizione degli arbitri dipende dalla volontà delle parti manifestate dai termini del compromesso: ma entro questi limiti la giurisdizione arbitrale s'estende a tutte le controversie di qualunque natura e di qualunque valore, purchè possano formare oggetto di compromesso. Parimente gli arbitri possono essere chiamati a pronunciare in primo, od in secondo grado secondo che la questione non è ancora, ovvero è già stata giudicata da giudici permanenti o da altri arbitri. [4]

Quanto al luogo, la giurisdizione degli arbitri non incontra altro limite, eccetto il dover essere esercitata

[1] Art. 1017, 1018 cod. pr. civ. franc.

[2] SELIGMAN, *Les reformes de la pr. civ.* p. 233.

[3] Art. 339, *L. sur la proc. civ. du Canton de Geneve.* — art. 1104 cod. pr. civ. sardo del 1859.

[4] Art. 28-2° cod. pr. civ.

nel territorio nazionale: [1] così che è lecito alle parti di fissare la sede del tribunale arbitrale ove reputino che meglio loro convenga; e nel silenzio delle parti sembra che la sede s' intende fissata in quel luogo in cui risiedano tutti, o la maggior parte degli arbitri.

La giurisdizione conferita agli arbitri sulla controversia principale include virtualmente quella di pronunciare anche sulle controversie incidentali, e particolarmente sulla propria competenza. [2] Se però dopo il compromesso e pendente l'istruzione della causa s'elevasse tra le parti una questione sulla maggiore o minore estensione della giurisdizione degli arbitri, dovranno questi risolverla o con una sentenza interlocutoria o colla sentenza definitiva secondo i casi. — Parimente se il compromesso contenesse una questione di esclusiva competenza dei tribunali permanenti, o essa questione per un incidente sorgesse, gli arbitri si dichiareranno incompetenti. Così, se si sollevasse una questione di stato, di separazione tra coniugi, o concernente diritti non suscettivi di transazione, o riguardante un fatto che possa dar luogo all' azione penale, gli arbitri devono dichiarare la loro incompetenza, e rimettere le parti davanti la competente autorità giudiziaria. [3]

Ma per contro la giurisdizione degli arbitri dipendendo interamente dalla volontà delle parti, non deve esservi dubbio sulla *validità* del compromesso, affinchè gli arbitri possano pronunciare una decisione qualunque. Conseguentemente gli arbitri quantunque possano pro-

[1] Art. 22 cod. pr. civ.
[2] L. 2 *de jurisdict.* II, 1.
[3] Art. 19 cod. pr. civ.

nunciare sulla loro competenza, saranno tuttavia affatto incompetenti a decidere le controversie, che si riferiscono alla nullità del compremesso. [1]

§ 17. Procedura degli arbitri.

Le forme della procedura dipendono della volontà delle parti. Sistema francese nel silenzio delle parti — Sistema italiano. Istruzione della causa — Processo verbale.

Colla nomina fatta ed accettata dagli arbitri è costituito il tribunale ed aperto il giudizio, ed omai non vi resta che procedere all' istruzione della causa.

Tutti convengono che alle parti si debba concedere facoltà di stabilire le forme della procedura: essi meglio conoscono la natura delle questioni, dei documenti e delle altre prove che intendono far valere in giudizio, e in conseguenza anche la via che più conviene seguire per giungere con sicurezza e celerità all' intento. [2] — Se non che nel silenzio delle parti si può in tesi legislativa discutere, se si debba lasciare in balia degli arbitri la procedura da seguirsi, ovvero agli arbitri ingiunger si debba di osservare le regole di procedura stabilite pei giudici permanenti.

Quest' ultimo sistema seguito dal codice francese, [3] sembra fondato sulla considerazione, che miglior meto-

[1] Art. 32, 33 cod. pr. civ. — La giurisdizione degli arbitri non può essere delegata. *V.* L. 45 *de rec. qui arb. rec.* IV, 8. — *In compromissis arbitrium personæ insertum personam non egre ditur.*

[2] Art. 17 cod. pr. civ.

[3] Art. 1009 cod. pr. civ. franc.

do di procedura deve riputarsi quello che è stato adottato pei tribunali permanenti, e che le parti serbando il silenzio, a questo stesso metodo siansi riferite. — Il primo sistema tuttavia merita a nostro parere la preferenza, poichè dà campo alle parti di evitare anche le spese ed i ritardi, cui dan luogo le formalità ed i termini della procedura ordinaria. [1] Commendevole pertanto ne pare la disposizione della legge, che lascia facoltà agli arbitri *di stabilire, nel silenzio delle parti, i termini ed il metodo* del procedimento. [2] In che fare gli arbitri non potranno tuttavia esimersi dall'osservanza dei principii fondamentali d'ogni rito giudiziario; qualunque sia la forma adottata, gli arbitri dovranno mantenere la parità di trattamento fra i contendenti nè concedere all'uno quel che viene all'altro negato. [3]

Del rimanente la procedura si svolge con una naturalezza e semplicità, che dir non si potrebbe maggiore. Le parti hanno obbligo di immediatamente trasmettere agli arbitri i loro documenti e le loro memorie senza alcuna giudiziale formalità, [4] e nel caso che intendano di valersi di qualche prova da formarsi nel corso del giudizio, devono pure le parti farne instanza immediata; se una di esse si mostra negligente,

[1] Bellot, *Exposé des motifs*, p. 327.

[2] Art. 17 cod. pr. civ.

[3] Nel caso che le parti abbiano dichiarato doversi gli arbitri tenere *alle regole della procedura* senza averle specificate, si poteva dubitare se con tale dichiarazione abbiano voluto imporre agli arbitri il metodo di procedere davanti la autorità giudiziaria. La legge conformemente al carattere semplice dell'instituzione ha risolto il dubbio nel senso che anche in tal caso gli arbitri possano stabilire i termini ed il metodo di procedura a seguirsi (art. 17 in f. cod. pr. civ.)

[4] Art. 14 cod. pr. civ.

le si intima di farlo entro breve termine, scaduto il quale gli arbitri potranno pronunciare sul fondamento delle memorie e dei documenti stati loro trasmessi. [1] Questa disposizione era richiesta dal bisogno di impedire che per incuria o malizia d' una delle parti non si protraesse di troppo a danno dell' altra la prolazione della sentenza. [2]

Quella stessa libertà che è lasciata agli arbitri in ordine alla procedura da seguirsi nella soluzione della controversia principale, loro spetterà ugualmente nella soluzione delle questioni incidentali. Gli arbitri adunque potranno senza osservare le formalità ordinarie procedere alla visita personale dei luoghi, nominare periti, deferire e ricevere il giuramento e simili e crediamo che possano anche spedire delle *rogatorie* ai magistrati permanenti per informazioni o per atti di istruttoria o per altri atti riguardanti solo il metodo del procedimento. [3]

[1] Art. 14 e 19 cod. pr. civ.

[2] Gli arbitri devono stendere *processo verbale* delle loro sedute ed ivi descrivere tutte le loro operazioni (art. 14 cod. pr. civ.); il processo verbale e gli atti di istruzione tuttavia non richiedono la presenza di tutti gli arbitri; ma possono essere affidati ad uno di essi (art. 18 cod. pr. civile.)

[3] *V.* CHAUVEAU in Carrè, 3298.

§ 18 Sentenza degli arbitri.

Forma della sentenza arbitrale — Concorso e presenza personale di tutti gli arbitri — Loro sottoscrizione — Se gli arbitri debbano pronunciare come *giudici* o come *amichevoli compositori* — Conseguenze — La sentenza deve risolvere tutte le controversie — Deposito della sentenza presso l'autorità giudiziaria — *Exequatur*.

La sentenza degli arbitri, oltre l'indicazione delle parti e del compromesso, deve contenere i motivi in fatto ed in diritto, il dispositivo, la data [1] e la sottoscrizione degli arbitri. [2] La sentenza degli arbitri contiene la soluzione legale della controversia ed è senza contrasto l'atto più importante: era però di tutta convenienza stabilire che riunisse tutte quelle condizioni di forma che nessun dubbio lasciassero e sulla persona delle parti e degli arbitri, e sulla legalità della giurisdizione e sulla natura ed estensione della proferita decisione.

Alla prolazione della sentenza devono concorrere tutti gli arbitri *personalmente;* l'adesione od il voto dato per procuratore o dato posteriormente da chi non era presente alla seduta, non varrebbe e la pronunciata sentenza sarebbe colpita di nullità; [3] imperocchè la presenza personale di tutti gli arbitri è la guarentigia più sicura delle parti che riposero la loro confidenza in tutti insieme gli arbitri e non in alcuni

[1] La *data* comprende anche il *luogo* in cui la sentenza è pronunciata.

[2] Art. 21 cod. pr. civ.

[3] Art. 21, art. 32-4° cod. pr. civ.

di essi soltanto — *quia in plures fuit compromissum et potuit præsentia eius trahere eos in eius sententiam.* — [1]

Ma se necessaria è la presenza e la conferenza personale di tutti gli arbitri, non è richiesta l' unanimità dei pareri: come la sentenza dei giudici permanenti, [2] quella degli arbitri è pur deliberata a maggioranza di voti: [3] per tal guisa si toglie ad una minoranza forse meno imparziale la facoltà di rendere impossibile la condanna della parte che si vuol favorire. [4] Quando però la sentenza non è sottoscritta da tutti gli arbitri, si farà menzione di quelli che vi si ricusano; e la sentenza ha effetto, purchè sia sottoscritta dalla maggioranza. [5]

Tra gli scrittori si disputa se nella risoluzione della controversia debbano gli arbitri pronunciare conformemente alla legge ed alle regole razionali del diritto, ovvero seguire le sole regole dell' equità « *ex æquo et bono*; » in altri termini se gli arbitri debbano pronunciare come *giudici*, o come *amichevoli compositori*.

Anche questa maggiore o minore estensione della giurisdizione arbitrale tutti convengono dover dipendere della volontà delle parti. Ma la questione si riferisce più particolarmente al caso che le parti non abbiano nel compromesso manifestata la loro volontà. Pensano alcuni essere più conforme alla presunta vo-

[1] L. 17 in f. *de rec. qui arb. rec.* IV, 8.

[2] Art. 359 cod. pr. civ.

[3] Art. 21 cod. pr. civ.

[4] La maggioranza, ossia il maggior numero non è per sè stesso la verità e la certezza, ma è la forma necessaria, accettata dalla ragione per giungere ad una soluzione in tutte le questioni che richiedono la deliberazione di molti.

[5] Art. 21 in f. cod. pr. civ.

lontà delle parti ed alla natura di questa popolare instituzione, che gli arbitri pronuncino non tanto secondo il rigore del dritto, quanto secondo la ragion naturale, l'equità, la convenienza reciproca delle parti. Al che si può aggiungere che, obbligando gli arbitri a pronunciare secondo le regole del diritto, si rende più difficile la pratica e si sminuiscono i benefizi dell'instituzione. E questo è il sistema della legislazione ginevrina. [1]

Quando tuttavia si consideri che gli arbitri esercitano una vera e propriamente detta giurisdizione, e che ufficio del giudice quello è di applicare la legge ai casi occorrenti, sembra doversi presumere che i compromettenti, conferendo agli arbitri la soluzione della loro controversia intendono anzitutto che la decisione sia conforme al diritto. Saviamente pertanto la legislazione italiana non si scostò dalla francese [2] in questo argomento, e stabilì che gli arbitri decidano secondo le regole del diritto, se il compromesso non li abbia autorizzati a pronunciare come amichevoli compositori. [3]

Dovendo pronunciare secondo le regole del diritto gli arbitri dovranno far ciò che farebbero i giudici permanenti, ed applicheranno le disposizioni di legge non solo per quel che riguarda l'oggetto principale della controversia, ma anche per ciò che concerne gli accessori. [4] Gli arbitri adunque potranno, come i giu-

[1] *V.* Bellot, *exposé des motifs*, p. 327.
[2] Art. 1119 cod. pr. civ. franc.
[3] Art. 20 cod. pr. civ.
[4] Boitard et Colmat-Daage, *Leçons sur le cod. de pr. civ.* 1199.

dici permanenti, sull' instanza d'una delle parti e nei casi dalla legge permessi, autorizzare, l'esecuzione provvisoria della sentenza con o senza cauzione, [1] quand' anche nel compromesso si contenga l' espressa *riserva di appellare;* [2] potranno parimente condannare la parte soccombente nelle spese o dichiararle per giusti motivi compensate in tutto od in parte; [3] infine li diremmo autorizzati anche a pronunciare l'arresto personale nei casi permessi, se una disposizione espressa di legge non venisse a restringere questa facoltà alle materie commerciali. [4]

È poi in ogni caso ufficio degli arbitri di risolvere tutta intiera la controversia sottoposta alla loro decisione, e quando la questione fosse divisa in più capi distinti la sentenza deve pronunciare su tutti sotto pena di nullità. [5] — A fronte della generalità dei termini con cui è concepita la legge nulla per intiero dovrebbe dirsi la sentenza, talmente che gli arbitri non potrebbero rimediarvi con una nuova sentenza sui rimanenti capi, o su tutti i capi della questione indistintamente. Imperocchè gli arbitri da un canto colla pronunciazione della sentenza hanno esaurito la giurisdizione loro conferita, e d' altro lato i diversi capi sottoposti alla decisione degli arbitri sono nell'in-

[1] Art. 23, 363, 364, 365, 482, 484 cod. pr. civ.

[2] La riserva di appellare contenuta nel compromesso non include la rinuncia delle parti all'esecuzione provvisoria; non fa che accennare ad un diritto che la legge già loro assicura (BORSARI, all'art. 23 — *V.* art. 28 cod. pr. civ.)

[3] Art. 26 e 370 cod. pr. civ.

[4] Art. 2100 cod. civ.

[5] Art. 32-2° cod. pr. civ. — Sarebbe anche nulla la sentenza che contenesse disposizioni contradittorie.

tenzione dei contraenti condizione sottintesa l'uno degli altri, così che, lasciandone uno insoluto, non può tenersi valida la decisione sugli altri, salva sempre una clausola diversa inserita nel compromesso.

La sentenza degli arbitri non ha ancora per sè esistenza legale insino a che non venga ad acquistare il suggello, per così dire, dell' autorità giudiziaria permanente, che più particolarmente rappresenta la sovranità dello stato nell' amministrazione della giustizia. La sentenza in originale, in un coll' atto di compromesso, deve essere depositata da uno degli arbitri, o da un mandatario munito di procura speciale alla cancelleria del pretore, nella cui giurisdizione fu pronunciata, sotto pena di nullità. La depositata sentenza è inserita nei registri e resa esecutiva con decreto pretorio. [1] — Tutte queste disposizioni, mentre lasciano sufficente campo ad eseguire il prescritto deposito, tolgono il pericolo di variazioni, che per avventura gli arbitri volessero introdurre nella sentenza posteriormente, quando cioè sarebbe cessata ogni loro giurisdizione.

Il magistrato permanente, che con suo decreto deve rendere esecutiva la sentenza arbitrale, è il pretore a differenza di quanto stabiliva la legislazione sarda [2] ad esempio della francese, che tale ufficio conferisce al presidente del tribunale civile. [3] Alcuni censurano vivamente questa innovazione, perchè contrariamente alle regole della competenza si dà ad un magistrato

[1] Art. 24 cod. pr. civ.
[2] Art. 1121 cod. pr. civ. sard.
[3] Art. 1020 cod. pr. civ. franc.

che ha una giurisdizione assai limitata per ragion di valore, la facoltà di rendere esecutoria una sentenza in cose di un valore assai superiore. [1] — La censura sarebbe fondata se il pretore, come vogliono alcuni, potesse esercitare un diritto di revisione sulla sentenza arbitrale: [2] invece si deve ritenere per certo, che il magistrato non può prendere ad esame il merito della sentenza, poichè le parti si sono sottomesse al giudizio degli arbitri appunto per evitare ogni contestazione davanti l'autorità giudiziaria permanente, e non può nemmeno prendere ad esame la legalità della sentenza e rifiutare il decreto o per difetto di formalità estrinseche, o per incapacità delle parti o degli arbitri, poichè la legge stessa introduce altri mezzi per impugnare sotto quest'aspetto la validità del compromesso e della consecutiva sentenza.

Vero è che l'ufficio del magistrato non si può d'altro canto reputare come semplicemente macchinale e passivo, come altri pretendono; [3] come si potrebbe credere che la legge abbia voluto imporre al magistrato di concedere il decreto *d' exequatur* a qualsiasi decisione arbitrale senza nemmeno prenderla ad esame, e vedere se per avventura nulla contenga di contrario al buon costume ed all'ordine pubblico? Sotto questo solo aspetto crediamo che possa, anzi debba il magistrato in virtù della giurisdizione volontaria che la legge gli conferisce rifiutare, occorrendo, il decreto esecutivo; il che manifestamente non supera le forze del pretore e non deroga certo alle regole della competenza. Siccome

[1] Borsari, *Comm.* art. 24 cod. pr. civ.
[2] Boitard et Colmet - Daage. 1201.
[3] Pardessus, 1403 — Dalloz. I, p. 785.

tuttavia il pretore potrebbe talvolta concedere o rifiutare senza giusto motivo il decreto, e mettere in pericolò i diritti che la sentenza assicura; così è permesso alle parti il *reclamo* contro il decreto o contro il rifiuto di pronunciarlo al *tribunale civile*, da cui il pretore dipende. [1]

§ 19. Mezzi d'impugnare le sentenze arbitrali. Opposizione.

Mezzi d'impugnare le sentenze — Le sentenze arbitrali non si possono impugnare coll' *opposizione* — Si possono impugnare cogli altri mezzi e coll'azione di nullità.

I mezzi d' impugnare le sentenze dell' autorità giudiziaria permanente sono l' *opposizione* e l' *appello*, la *revocazione* e la *cassazione*: sono questi mezzi applicabili alle sentenze degli arbitri?

Dapprima le sentenze arbitrali non si possono impugnare col rimedio dell' *opposizione*. [2] Il diritto di far opposizione alla sentenza contumaciale si fonda sul timore che l'atto di citazione non sia effettivamente giunto, non ostante le molte cautele adoperate dalla legge, a cognizione del convenuto; ciò tanto è vero che il diritto d' opposizione è sempre negato all' attore, il quale non può mai ignorare l' atto di citazione. [3] Il compromesso, fatto comune alle parti, deve produrre lo stesso effetto, poichè ne dà la certezza

[1] Art. 25 cod. pr. civ. — Questo evidentemente è un semplice *reclamo* per ridurre il pretore all' osservanza della legge e non un *appello*, come pretende il Borsari.
[2] Art. 27, 380 e seg. cod. pr. civ.
[3] Art. 381, 387 cod pr. civ.

che nessuna di esse ignorava il giudizio, che di comune accordo provocarono.

Ma se per questa considerazione non si poteva permettere l'opposizione come mezzo d'impugnare la sentenza arbitrale emanata in contumacia d'una delle parti, non sembra esserci ragione di non permettere gli altri mezzi più sopra indicati sì e come sono ammessi per impugnare le sentenze dei giudici permanenti; imperocchè dal momento che la sentenza arbitrale è inserita nei registri e resa esecutiva con decreto pretorio rimane puramente e semplicemente sostituita alla sentenza di un giudice permanente, in guisa che tutti gli altri mezzi d'impugnare la sentenza sono in generale anche alle sentenze arbitrali applicabili. — Vuolsi infine notare che per impugnare le sentenze degli arbitri la legge concede inoltre il rimedio speciale dell'*azione di nullità.*

§ 20. Appello.

Contro la sentenza degli arbitri è per regola generale ammesso l'appello — Eccezioni — Sentenza in cause di competenza del conciliatore — Sentenza arbitrale pronunciata in appello — Se le parti possono rendere appellabile una sentenza che non lo sia per diritto comune — Rinuncia espressa o tacita all'appello — Se la rinuncia all'appello includa anche la rinuncia all'appello dalle sentenze incidentali — Tribunale d'appello.

Per regola generale è ammesso il doppio grado di giurisdizione; e in conseguenza tutte le sentenze tanto dell'autorità giudiziaria permanente, quanto de-

gli arbitri sono per regola generale suscettive d'appello. [1] Alla qual regola tuttavia si fanno quattro eccezioni, due delle quali hanno il loro fondamento nel sistema generale delle appellazioni qual è ordinato dalla legge vigente, e le due altre nella presunta od espressa volontà delle parti.

La *prima* eccezione riguarda la sentenza che pronunciò su d'una causa che sarebbe stata di competenza del conciliatore. [2] Per la minima entità di siffatte controversie si è loro negato il doppio grado di giurisdizione a fine di non volgere a danno delle parti ciò che è giustamente considerato come un beneficio. Per questa ragione le sentenze arbitrali, come quelle dei conciliatori, non sono appellabili. [3]

La *seconda* eccezione si riferisce al caso che gli arbitri abbiano pronunciato come *giudici d'appello*. [4] Se il doppio grado di giurisdizione è una regola generale, è invece regola assoluta che nessuna causa, almeno rispetto alla questione di fatto, possa andare soggetta a più di due gradi di giurisdizione; quando però gli arbitri pronunciano in grado d'appello, la causa ha già percorso i due gradi di giurisdizione, nè più si può ammettere contro la sentenza un ulteriore appello.

Rispetto a queste due eccezioni si può dubitare se le parti possano, o nel compromesso od in atto posteriore, espressamente convenire di rendere appella-

[1] Art. 28 cod. pr. civ.

[2] Art. 28 - 4° cod. pr. civ.

[3] Non è d'uopo dire che in quei pochi casi in cui la sentanza del conciliatore è appellabile, sarebbe anche appellabile la sentenza arbitrale *V.* art. 70. 459, 481 cod. pr. civ.

[4] Art. 28 - 2° cod. pr. civ.

bile una sentenza arbitrale che nol sarebbe secondo il diritto comune: se possano, per esempio, rendere appellabile la sentenza che non lo sarebbe per difetto di valore, o la sentenza che non sarebbe più appellabile perchè già pronunciata in grado d'appello. — Sebbene la giurisdizione degli arbitri dipenda intieramente dalla volontà delle parti, crediamo tuttavia che non si possano varcare impunemente i limiti dalla legge assegnati. Così, le parti hanno bensì la scelta di far giudicare la loro controversia o dal conciliatore o dagli arbitri, ma non hanno il potere di rendere appellabile una sentenza, che la legge per considerazioni generali dichiara non suscettiva d'appello. — Per questo stesso motivo crediamo ancora che non sarebbe appellabile la sentenza arbitrale nel caso che le parti, dichiarandone nel compromesso l'appellabilità, avessero creato a questo scopo un altro tribunale arbitrale che pronunciasse in secondo grado.

Si obbietta da taluno che le parti avrebbero in tal caso considerato il fatto come nuovo, ed annullando nella loro mente la prima decisione, avrebbero tolto ogni legale ostacolo all'appello. [1] — Certo potranno le parti con una convenzione dar luogo a nuove relazioni giuridiche; potranno anche rinunciare ai diritti che la sentenza loro rispettivamente assicura; ma ciò dimostra che devono appunto accettare il fatto della emanata sentenza, che la legge espressamente dichiara inappellabile.

Oltre le due indicate eccezioni alla regola dell'appellabilità havvene ancora due altre, che hanno, co-

[1] BORSARI, *Comm.* all'art. 28 cod. pr. civ.

me abbiam detto, il loro fondamento nella volontà delle parti; la sentenza arbitrale cioè non è appellabile quando le parti abbiano rinunziato all'appello, [1] e quando abbiano autorizzato gli arbitri a pronunziare come amichevoli compositori. [2]

La facoltà di rinunziare all' appello è una conseguenza logica della libera disponibilità che le parti hanno, del diritto cadente in controversia; se le parti potevano immediatamente troncare la questione colla transazione, possono ugualmente pattuire, che la questione sarà giudicata da arbitri in primo ed ultimo grado. La rinunzia preventiva all'appello rientra adunque nella natura e nello scopo del compromesso.

La rinuncia all' appello comprende certo l' abbandono dell' appello dalla sentenza definitiva emanata sulla controversia principale; ma se comprenda anche la rinuncia all' appello dalle sentenze incidentali è questione controversa tra gli scrittori. — In questo argomento crediamo doversi ripudiare l'opinione secondo cui sarebbesi rinunziato all' appello da tutte indistintamente le sentenze, e doversi invece preferire la dottrina di quelli che distinguendo gl'incidenti che influiscono sul merito, da quelli che non influiscono sul merito della causa e si riferiscono soltanto alla competenza ed alla regolarità del giudizio, credono che solo le sentenze che risolvono incidenti di questo secondo genere siano tuttavia appellabili. Se le parti determinarono di dare la loro piena adesione alla sentenza in merito della questione principale, si deve parimente e forse con maggior ragione presumere che abbiano voluto ac-

[1] Art. 23 — 3° cod. pr. civ.
[2] Art. 28 — 1° cod. pr. civ.

cettare come irrevocabili le sentenze incidentali che al merito si riferiscono; ma per contro si deve presumere del pari che le parti abbiano voluto accettare come irrevocabile soltanto una sentenza emanata entro i limiti della competenza in giudizio regolare, e che in conseguenza non abbiano voluto rinunciare all'appello dalle sentenze sopra incidenti, che alla competenza si riferiscono ed alla regolarità del giudizio. [1]

Alla espressa equivale in diritto la volontà tacita delle parti; e la tacita volontà di rinunciare all'appello risulterebbe da una clausola del compromesso che autorizzi gli arbitri a pronunziare come amichevoli compositori. — Gli amichevoli compositori non sono soltanto *giudici* che pronunciano secondo le regole del diritto, ma sono *arbitri* della questione nel senso più largo della parola; l'apprezzano nella loro coscienza secondo le regole dell'equità e impongono alle parti colla loro sentenza la transazione.

Quando la sentenza arbitrale è appellabile è lecito alle parti di crearsi un tribunale d'appello conferendo a nuovi arbitri la facoltà di pronunciare in secondo grado. [2] Ma nel caso che le parti non v'abbiano pensato o non possano a questo scopo mettersi d'accordo, la legge stabilisce che la causa in appello sia portata davanti l'autorità giudiziaria che per ragion di materia o di valore sarebbe competente, se la questione in primo grado fosse stata giudicata dal Tribunale permanente. [3]

[1] CHAUVEAU in Carrè, 3295 - 2°.

[2] Arg. art. 28 - 2° cod. pr. civ.

[3] Art. 29 cod. pr. civ. - In una questione di *contenzioso civile ordinario*, che in primo grado sarebbe di competenza

§ 21. Revocazione.

Revocazione — È ammessa per errore di fatto — Non ha effetto la rinuncia preventiva — Norme che la reggono e tribunale competente pel giudizio di revocazione.

La sentenza arbitrale si può ancora impugnare colla *revocazione* per errore di fatto e colla *cassazione* per errore di diritto.

La domanda di *revocazione* è ammessa, non ostante qualunque rinuncia, nei casi, nelle forme e nei termini stabiliti per le sentenze dell' autorità giudiziaria. [1] La revocazione si fonda sopra un *errore di fatto* che muta gli elementi della questione decisa colla sentenza di cui si domanda la revoca, così che se le vere condizioni del fatto posteriormente scoperte si fossero prima conosciute, forse non sarebbe sorto il litigio e certo il giudice avrebbe pronunziato diversamente. Questa considerazione spiega il perchè la revocazione è sempre ammessa, non ostante qualunque preventiva rinuncia; non può esser valida una rinuncia a ciò che i rinuncianti non potevano conoscere, nè prevedere.

Nel rimanente alla revocazione delle sentenze arbitrali sono applicabili tutte le disposizioni che riguardano la revocazione delle sentenze dell' autorità giudiziaria, con questa sola differenza che trattandosi di queste, la domanda per revocazione si propone davan-

del *pretore*, l' appello si propone al *tribunale civile* — se di *centenzioso commerciale* al tribunale di commercio — se in primo grado sarebbe di competenza del tribunale civile o commerciale, in appello la causa sarà portata davanti la *corte di appello.*

[1] Art. 30 cod. pr. civ.

ti l' autorità giudiziaria che ha pronunciato la sentenza impugnata, [1] trattandosi invece delle prime la revocazione si propone davanti l' autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a conoscere della causa, se non fosse stata conferita alla cognizione degli arbitri. [2]

§ 22. Cassazione.

Cassazione — È ammessa per errore di diritto — Non è ammessa in caso di rinuncia preventiva espressa o tacita — Non è ammessa quando possa essere impugnata coll'azione di nullità — Se la rinuncia all' appello includa la rinuncia alla cassazione — Forme e termini della procedura; tribunale di rinvio.

Dovendo gli arbitri pronunciare secondo le regole del diritto, alle sentenze arbitrali doveasi pure applicare il rimedio della *cassazione*, che ha appunto per iscopo d' annullare le sentenze peccanti per errore di diritto. — Contro le sentenze arbitrali è dunque di regola generale ammesso il ricorso per cassazione, salvo che le parti vi abbiano rinunziato espressamente o tacitamente autorizzando gli arbitri a pronunciare come amichevoli compositori, ovvero che la sentenza possa essere impugnata coll' azione di nullità. — [3] Nel caso di rinuncia preventiva espressa o tacita non si poteva più accordare il rimedio della cassazione, poichè per effetto di essa le parti si obbligano di accettare la sentenza arbitrale come una specie di transazione, e si sa che la transazione non può essere impugnata

[1] Art. 498 cod. pr. civ.
[2] Art. 30 cod. pr. civ.
[3] Art. 31 cod. pr. civ.

per errore di diritto [1] — Parimente non è il caso di ricorrere al rimedio straordinario della cassazione quando la sentenza si può ancora impugnare col rimedio più semplice e spedito della nullità. [2] Ma ponendo a confronto le cause di nullità e quelle per cui è permesso il ricorso per cassazione, [3] è manifesto che si fa luogo a cassazione d'una sentenza arbitrale sol quando siasi per essa violata la legge nel merito della controversia.

Dichiarando la legge permesso il ricorso per cassazione contro la sentenza degli arbitri *pronunziata in appello,* [4] si può dubitare se il ricorso sia permesso contro le sentenze arbitrali pronunciate in primo grado, ma inappellabili perchè le parti abbiano nel compromesso rinunziato all' appello. — Crediamo che la rinunzia al rimedio ordinario dell' *appello* non includa virtualmente la rinuncia al rimedio straordinario della *cassazione;* imperocchè colla rinuncia all' appello si elimina soltanto il doppio grado di giurisdizione, ma non si toglie agli arbitri l'obbligo che hanno di giudicare secondo le regole del diritto; onde avviene che se la sentenza violi la legge, si deve permettere contro di essa il ricorso per cassazione. La disposizione della legge che accorda il ricorso contro le sentenze arbitrali *pronunziate in appello,* vuolsi intendere nel senso che è negato il ricorso nei casi che la sentenza arbitrale possa essere impugnata col rimedio ordinario dell' appello. [5]

[1] Art. 1772 cod. pr. civ.
[2] *V. infra* § 24.
[3] Art 32 e 517 cod. pr. civ.
[4] Art. 31 pr. cod. pr. civ.
[5] *V.* in questo senso Borsari *Comm.* all' art. 31. cod. pro. civ.

La legge stabilisce i casi in cui si fa luogo al ricorso per cassazione contro le sentenze arbitrali; ma nulla dice delle *forme* e dei *termini* della procedura; nulla dice parimente del tribunale, cui debba essere rinviata la causa nel caso che, accettato il ricorso, la sentenza arbitrale venga annullata. Nel silenzio della legge si dovrà seguire il diritto comune; e al giudizio di cassazione contro le sentenze arbitrali si applicheranno le forme ed i termini stabiliti per le sentenze dell' autorità giudiziaria, [1] e il tribunale di rinvio sarà l' autorità giudiziaria permanente, uguale in grado a quella che sarebbe stata competente a pronunziare la sentenza cassata. [2]

§ 23. Opposizione di terzo.

Opposizione di terzo — L'opposizione di terzo non è ammessa per impugnare le sentenze arbitrali.

Fra i mezzi straordinari d' impugnare le sentenze la legge enumera pure *l' opposizione di terzo*, [3] ma la legge mentre nega contro le sentenze arbitrali il rimedio dell' opposizione, [4] e concede l' appello, [5] la revocazione [6] e la cassazione, [7] nulla poi dice dell' opposizione di terzo. — Dal silenzio della legge deduciamo la conseguenza che la sentenza arbitrale non può es-

[1] *V.* 518 e seg. cod. pr. civ.
[2] Arg. art. 544 cod. pr. civ.
[3] *V.* art. 510 cod pr. civ.
[4] Art. 27 cod. pr. civ.
[5] Art. 28 cod. pr. civ.
[6] Art. 30 cod. pr. civ.
[7] Art. 31 cod. pr. civ.

sere impugnata con questo mezzo, tanto più che ai rimedi straordinari non si fa luogo, se non nei casi espressamente indicati. — Certo i terzi non dovranno essere pregiudicati dalla sentenza arbitrale, e potranno impedirne l'esecuzione a loro danno nella via ordinaria, cioè con una domanda innoltrata davanti l'autorità giudiziaria competente: ma ciò dimostra appunto che il rimedio straordinario dell' opposizione non è ai terzi indispensabile. — Infine dovendosi l' opposizione di terzo proporre davanti l'autorità giudiziaria che ha pronunziata la sentenza, [1] e nel caso concreto davanti agli arbitri, ciò non si potrebbe fare, perchè gli arbitri rispetto ai terzi non hanno giurisdizione.

§ 24. Azione di nullità.

Azione di nullità — Come differisce dall'appello, dalla cassazione e dalla revocazione — Casi in cui si può proporre — Se la scelta dell'azione di nullità includa la rinuncia all'appello e viceversa — Modo con cui si propone — Effetti della nullità — Il giudizio per nullità sospende l'esecuzione della sentenza.

Le sentenze arbitrali si possono infine impugnare coll'*azione di nullità*. La nullità è un rimedio speciale e tutto proprio delle sentenze degli arbitri, [2] e differisce dall' appello e dalla cassazione, in ciò che, mentre si può a questi mezzi rinunciare, non sarebbe valida la rinuncia preventiva al rimedio della nullità; [3] con-

[3] Art. 511 cod. pr. civ.

[2] L'azione di *nullità* era il mezzo generale e più comune di impugnare le sentenze in diritto romano — *V.* BONJEAN, *Traitè des actions*, II. § 375.

[1] Art. 28, 31, 32 cod. pr. civ.

corda invece coll' appello rispetto al termine in cui può essere proposta [1] e in quanto non si fa luogo a ricorso per cassazione nei casi che la sentenza possa essere impugnata per nullità, come quando si può ancora impugnare coll' appello. [2] — Differisce poi dall'appello e s' avvicina alla revocazione in ciò che si fa luogo alla nullità non ostante qualunque rinuncia, [3] e in quanto competente a giudicare è l' autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a conoscere della controversia. [4]

L' azione di nullità si può proporre non solo nel caso di compromesso nullo da principio, ma anche quando sia il compromesso divenuto nullo per cause sopravvenute, come già abbiam detto più innanzi. [5] Alle quali cause di nullità altre se ne aggiungono; e si può impugnare per nullità la sentenza arbitrale quando non sia pronunciata nel regno, [6] o quando sia pronunciata fuori dei limiti del compromesso, [7] o da tale che non poteva essere nominato arbitro, o da arbitri non autorizzati a decidere in assenza degli altri; [8] quando la sentenza non ha pronunziato su tutti i capi del compromesso o contenga disposizioni contradittorie; [9] quando infine non siansi osservate le forme stabilite per le sentenze arbitrali, [10] o le forme

[1] Art. 33 cod. pro. civ.
[2] Art. 31 in f. cod. pr. civ.
[3] Art. 30 e 32 pr. cod. pr. civ.
[4] Art. 30 e 33 cod. pr. civ.
[5] *V. sopra* § 14.
[6] Art. 22 cod. pr. civ.
[7] Art. 32 - 1° cod pr. civ.
[8] Art. 32 - 3° cod. pr. civ.
[9] Art. 32 - 2° cod. pr. civ.
[10] Art. 21, 32 - 4° cod. pr. civ.

richieste nei giudizi nel caso che queste siano state specificate nel compromesso. [1] — Se però nessuna formalità sia stata specificatamente indicata nel compromesso, non può mai la sentenza arbitrale essere impugnata a questo titolo; e se nel compromesso siasi indicata una procedura legale da seguirsi dagli arbitri, la sentenza si può solo impugnare per inosservanza delle forme richieste nei giudizi *sotto pena di nullità*: [2] il che vuolsi intendere nel senso che comprenda non soltanto le forme dalla legge prescritte coll' espressa clausola di nullità, ma anche quelle che quantunque non accompagnate da detta clausola, sono tuttavia *essenziali*. [3] — Ma se una qualunque speciale formalità sia stata stabilita nel compromesso, teniamo che in caso di inosservanza la nullità si possa sempre proporre.

Da quanto si è detto si scorge, che le parti dopo la sentenza di primo grado hanno la scelta o di appigliarsi alla via dell' appello, od al rimedio della nullità. [4] L' interposizione dell' appello include, secondo noi, una rinuncia eventuale all' azione di nullità, poichè in tal caso la sentenza dell' autorità giudiziaria d' appello si sostituirebbe alla sentenza degli arbitri e più non potrebbe essere impugnata se non coi mezzi legali della revocazione e della cassazione. Trova qui la sua applicazione l' antica massima « *una via electa, non datur recursus ad alteram.* » — Nel caso invece che siasi data la preferenza al rimedio della nullità, ed alla nullità della sentenza arbitrale siansi limitate

[1] Art. 32 in f. cod. pr. civ.
[2] Art. 32 in f. cod. pr. civ.
[3] *V.* Art. 56 cod. pr. civ.
[4] Arg. art. 33 cod. pr. civ.

le conclusioni delle parti, crediamo che, se il giudizio ebbe termine con una sentenza che dichiari valida la sentenza arbitrale, rimanga tuttora contro di questa schiusa alle parti la via dell'appello. [1]

Nulla dispone la legge intorno alla *forma* con cui deve essere proposta, e intorno agli *effetti* dell'azione di nullità. — Quanto alla forma, l' azione di nullità deve manifestamente essere proposta con atto di citazione, poichè con atto di citazione vuolsi proporre ogni domanda per cui la legge non stabilisca una forma diversa. [2] — Quanto agli *effetti* poi è pur manifesto che, se la domanda di nullità è accolta, cade intieramente la sentenza arbitrale ed il compromesso. — Solo si può dubitare se il giudizio per nullità abbia effetto di sospendere l' esecuzione della sentenza pronunciata in grado d'appello; e alcuni traendo argomento dalla revocazione pensano che non abbia effetto sospensivo; sembra tuttavia doversi preferire l'opinione contraria, per il motivo che non si può secondo i generali principii mandare ad esecuzione un titolo quando si discute attualmente sulla validità del medesimo, a meno che vi sia un' espressa disposizione di legge che non esiste nel caso concreto. [3]

[1] In tal caso la proposta azione di nullità sospenderebbe il corso del termine per appellare — *V.* opinioni diverse presso Chauveau in Carré, 3381.

[2] Art. 37 cod. pr. civ.

[3] Boitard et Colmet-Daage, 1211.

TITOLO III

IL GIUDICE PERMANENTE, OSSIA LA GIUSTIZIA DELLO STATO

§ 25 Nozioni generali.

Necessità di una autorità giudiziaria permanente — Difficoltà di ordinarla — Utilità d'un ordinamento giudiziario stabile — Guarentigia del giudice naturale — Transizione.

La costituzione del tribunale popolare non presenta alcuna difficoltà: le parti interessate sapranno, come già abbiamo notato, riunire nel collegio degli arbitri tutte le possibili migliori guarentigie. Ma come sovente la conciliazione fallisce e ne sorge la necessità del giudizio, non sempre le parti giungono a conchiudere il compromesso, e ne sorge la necessità di costituire ed ordinare una autorità giudiziaria indipendente dalla volontà delle parti ed accessibile a tutti indistintamente i cittadini.

Nel costituire ed ordinare questa autorità giudiziaria in guisa che risponda sotto ogni aspetto alle esigenze della giustizia, assai malagevole ed ardua si fa l'opera del legislatore, poichè, la giustizia, essendo amministrata da uomini, deve pur sempre tenere conto delle passioni e debolezze umane. Non sembra tutta-

6

via impossibile ordinare tale un sistema d' amministrazione della giustizia civile che se non sarà scompagnato da quelle minori imperfezioni ad ogni umana instituzione inerenti, assicuri almeno nel miglior modo possibile l' azione della giustizia.

Costituire e comporre il tribunale e regolarne *a priori* la giurisdizione tenendo sempre d' occhio la controversia e non mai l' interesse di uno dei contendenti, in guisa che ogni cittadino possa invocarne e debba dallo avversario invocata accettarne la decisione, è già creare una guarentigia giudiziaria preziosissima, la guarentigia del *giudice naturale.* — La garanzia del giudice naturale, è figlia dell' uguaglianza giuridica dei cittadini : davanti l'autorità giudiziaria, come davanti la legge, non vi sono fattizie gradazioni sociali; dal più umile al più elevato i cittadini tutti d' ogni ordine, per le medesime controversie, devono esser giudicati dai tribunali medesimi stabilmente per legge preordinati. Il voler costituire un tribunale diverso secondo i diversi ordini di cittadini sarebbe subordinare la giustizia a ragioni di semplice convenienza civile o politica; il voler comporre il tribunale quando già è noto l' insorto litigio e note le persone i cui interessi si trovano in pericolo, sarebbe sovente aprir la via al favore ed alla parzialità. [1]

Tutte le costituzioni dei popoli liberi sono sollecite d' assicurare ai cittadini la guarentigia del giudice naturale, che è pure riconosciuta formalmente

[1] *Une des plus puissantes garanties du citoyen contre l'injustice consiste dans la fixité de l' organisation judiciaire et dans la certitude que l'administration de la justice ne serai jamais interrompue, ni confiée a d' autres personnes qu' aux magistrats.* SELIGMAN, *Les reformes* ecc. p. 29.

dallo statuto italiano [1] — Vero è che questo diritto è di tanto più prezioso nei giudizi penali, di quanto la libertà, l'onore, la vita prevalgono sugli interessi patrimoniali dei cittadini, ma non cessa d'avere anche una massima importanza ne' giudizi civili, imperocchè la guarentigia del giudice naturale non rende solo impotente il legislatore a creare *tribunali privilegiati*, o ad autorizzare la creazione di *commissioni straordinarie*, ma chiude inoltre al potere esecutivo il tempio della giustizia.

L'ordinamento giudiziario si può paragonare ad un edificio, o meglio, ad una macchina, che si compone di elementi diversi, insieme sapientemente combinati per renderla idonea a date funzioni. Chi si fa adunque ad ordinare la costituzione della giustizia deve dapprima cercarne gli elementi idonei e poi dar mano alla costruzione e metterli in opera secondo un preconcepito disegno. Seguendo quest'ordine diremo prima delle condizioni che più direttamente riguardano la persona de' giudici, e poscia di quelle che si riferiscono più particolarmente alla composizione del tribunale.

§ 26. Nomina e promozione dei giudici.

Scopo del sistema — Nomina governativa: inconvenienti — Nomina per elezione popolare: inconvenienti — Nomina per concorso: inconvenienti — Promozione per anzianità: inconvenienti — Sistema della legge vigente — Condizioni di idoneità alle funzioni di giudice.

Il sistema della nomina e promozione de' giudici tende più particolarmente a guarentirne l'idoneità. Quan-

[1] Art. 72 dello statuto.

to semplice, altrettanto arduo è l' argomento che ci viene alle mani; perocchè mentre si tratta d' un canto di scegliere i migliori per scienza, per probità, per isperienza, vuolsi dall' altro assolutamente escluso ogni iniquo favore, ogni ingiusta parzialità.

Tre sistemi principali si disputano la preferenza: il sistema della *nomina governativa* — quello della *elezione popolare* — il sistema infine del *concorso per esame* — Ciascuno di questi presenta particolari vantaggi e particolari inconvenienti.

Il primo sistema che lascia al governo la nomina e la promozione dei giudici, ha il grande vantaggio di darne la scelta e l' avanzamento a chi ha od almeno può aver maggiori mezzi per conoscere e rettamente apprezzare i meriti individuali di quelli che intendono assumere l' alto ufficio di giudice, e di quelli che sperano di progredire nel già intrapreso officio. — Ma per contro troppo grave porta seco il pericolo della parzialità e del personale favore nella scelta, la quale, essendo fatta da uomini che siedono al governo dello stato, è a temersi che possa essere sovente determinata, più che dal merito individuale dell' eletto, da considerazioni politiche.

Il sistema dell' *elezione popolare* è a primo aspetto assai attrattivo. Chi può conoscere la capacità, l' integrità, la rettitudine dei candidati meglio del popolo, ossia di quelli stessi, i quali più di tutti hanno interesse d' aver buoni giudici? quale fiducia non inspira la sentenza di quei giudici, che sono stati scelti dagli stessi contendenti?

Anche questo sistema non sembra destinato a dare i migliori frutti; poichè tante e tali sono le condi-

zioni che si richiedono per fare un buon giudice, che difficilissimo, per non dire impossibile, sarà che la moltitudine degli elettori scelga realmente i migliori — Dobbiamo certamente tener gran conto della fiducia che i giudici inspirano alle parti, poichè la sentenza non solo deve essere giusta, ma tale inoltre generalmente creduta, e per questa ragione appunto si permette il compromesso: trattandosi invece di giudici permanenti, essi devono essere tali da ispirare fiducia, anche allo stato, che pure ha diritto d'essere assicurato che la giustizia sia rettamente amministrata. — Aggiungesi che il giudice eletto per suffragio popolare non è più, come deve essere, il giudice di tutti; è il giudice della maggioranza e non guarentisce la minoranza degli elettori. — Quando infine il giudice, come vorrebbe il sistema elettivo, fosse nominato a tempo, potrebbe temersi che si lasci indurre a secondare ingiustamente gli interessi dei più influenti elettori per assicurarsi la rielezione.

Il sistema del *concorso per esame* ha pure il suo lato commendevole, poichè se non dà sempre la preferenza ai migliori, guarentisce almeno in quelli che vincono la prova, un sufficiente corredo di scienza e di pratica.

Questo metodo tuttavia, che può essere utile quando si tratta di candidati che cominciano la loro via giudiziaria, non sembra più convenire alle cariche giugiudiziare superiori; contenendo sempre il concorso per esame un pericolo, in cui anche il più abile può talvolta rimanere vinto, terrà lontani quei giudici che già hanno acquistato una generale riputazione di scienza e di condotta scrupolosa nell'adempiere il proprio

dovere. — Nè voglionsi infine dimenticare le difficoltà che sorgerebbero senza dubbio nella pratica applicazione di questo sistema, e che si riferiscono principalmente al numero sterminato e troppo frequente delle commissioni esaminatrici, ed al probabile difettò in certi casi di competenti esaminatori.

Il fin qui detto riguarda e la nomina e la promozione dei giudici; ma rispetto alla promozione in particolare si è anche proposto il sistema dell' *anzianità del servizio*. — Dal momento che è fatta la prima scelta di giudici tutti ugualmente idonei, l' equità e la giustizia vogliono che un più lungo servizio già prestato costituisca un titolo comparativamente migliore per l' avanzamento.

L' anzianità ha pure il suo lato debole, poichè qualora si prendesse per norma esclusiva verrebbe ad estinguere ogni sorta di emulazione e di zelo nel seno della magistratura giudicante. Come potrebbe ancora essere animato un giudice a distinguersi dagli altri per scienza, per regolarità ed esattezza del servizio, quando sapesse che ai meno meritevoli, come ai più degni sarà sempre usato pari trattamento? [1]

Nessuno degli accennati sistemi potendo essere esclusivamente accettato, e dovendosene tuttavia sceglierre uno, ne sembra preferibile quello che accorda al governo in massima la nomina e la promozione dei giudici. Imperocchè quando si consideri d' un canto che il governo non è parte nel giudizio civile, [2] e d' altro lato che una buona amministrazione della giustizia è una condizione essenziale dell' ordine e del-

[1] Bordeaux, *Philosoph. de la proc.* pag. 178, 184, 326.

[2] In materia penale lo stato essendo parte principale nel giudizio, la scelta dei giudici dipende da altri principii.

la libertà,[1] siamo indotti a credere che la miglior scelta dei giudici sia per sorgere più dalla nomina governativa che non da altri mezzi, e che così rimanga pienamente giustificata, per riguardo alla giustizia civile, la disposizione dello statuto che conferisce alla corona la nomina a tutte le cariche giudiziarie[2] ed in particolare la nomina e l' instituzione dei giudici.[3]

Per evitare il pericolo che abbiamo accennato nascondersi in questo sistema, il pericolo cioè di ingiuste esclusioni o di iniqui favori, con cui si voglia sacrificare il vero merito allo spirito di partito politico, la legge deve intervenire e stabilire condizioni e norme le quali circoscrivano entro i voluti confini l' eccessiva libertà del governo.

Dopo determinate le condizioni generali affinchè taluno possa essere ammesso a funzioni od uffizi giudiziari,[4] la vigente legge sull' *ordinamento giudiziario* passa a stabilire le condizioni speciali per ciascuna carica e con savio provvedimento prescrive che allo studio della teoria si congiunga un tirocinio pratico più o meno lungo, che termina con un esame speciale da subirsi dal candidato che vuol proseguire nella

[1] V. Sclopis, *Dell' autorità giudiziaria*, cap. I.

[2] Art. 6. dello statuto.

[3] Art. 68 dello statuto e art. 8 della L. *sull' ord. giud.*

[4] Le condizioni generali sono: — essere cittadino — aver l' esercizio dei diritti civili — non essere in stato d' accusa o di contumacia, o sotto mandato di cattura — non essere in stato di fallimento dichiarato — non essere condannato a pene criminali — o condannato per furto, falso, truffa, appropriazione indebita, vagabondaggio o per attentato ai costumi (art. 9 della L. *sull' ord. giud.*)

via da lui prescelta. [1] Fra quelli che hanno superato felicemente l'indicato esame si scelgono i *pretori* e gli *aggiunti giudiziari*; [2] tra i pretori e gli aggiunti giudiziari i *giudici del tribunale civile*: [3] tra i giudici del tribunale civile i *consiglieri d'appello*; [4] tra i consiglieri d'appello infine si prendono i *consiglieri di cassazione*. [5]

Come si vede, le condizioni di eleggibilità alle funzioni giudiziarie vanno aumentando, e conseguentemente la categoria degli eleggibili si va restringendo a misura che dalla base si sale al vertice della piramide; il che non permette che siano chiamati a giudicare se non quelli che riuniscano le condizioni di capacità consentanee al grado in cui si sono collocati nella gerarchia giudiziaria. In questa guisa si accorda il sistema del concorso coll' anzianità del servizio senza nuocere alle giuste speranze di quelli che in modo speciale si rendono più meritevoli di premio. [6]

Questo è il sistema generale, e, diremo, la via ordinaria che nella carriera giudiziaria si deve percor-

[1] Il tirocinio si fa in qualità di *uditore*, e per essere nominato uditore è necessario aver conseguito il grado di dottore in una università italiana ed aver vinto la prova del concorso (art. 18 e 22 della L. *sull'ord. giud.*) — *V.* M. Eshbach, *Cours d'introdution génér. a l'étude du droit*, 53 bis.

[2] Art. 22 della L. *sull'ord. giud.*

[3] Art. 50 della L. *sull'ord. giud.*

[4] Art. 72 della L. *sull'ord. giud.*

[5] Art. 128 della L. *sull'ord. giud.* — Condizioni speciali e meno rigorose sono richieste pei *conciliatori* (art. 33) e pei *giudici di commercio* (art. 63)

[6] Questo sistema sembra preferibile a quello del Belgio, ove i *consigli provinciali* propongono i candidati alle principali cariche della magistratura.

rere. Se non che hannovi ancora altre categorie, in cui possono essere scelti i membri della magistratura giudicante.[1] È cosa conveniente che si lasci aperta la via a far entrare nel corpo della magistratura persone che pel loro valore scentifico e morale altamente l'onorano; il governo tuttavia deve andar a rilento ed usare con parsimonia di questa facoltà, che è considerata come anormale per non chiudere l' avanzamento a quelli che, dopo aver lungamente e coscienziosamente lavorato, s' aspettano come giusto compenso la promozione in via ordinaria.

§ 27. Inamovibilità dei giudici.

Inamovibilità — Dottrina di Bentham — L' inamovibilità comprende l'*ufficio* ed il *luogo* — Noviziato triennale prescritto dallo statuto — Pretori e conciliatori — I conciliatori non devono essere inamovibili — Se l' inamovibilità si possa concedere ai pretori.

Scelto il giudice, è d' uopo provvedere alla sua indipendenza; e l' indipendenza del giudice si crea coll' *inamovibilità.*

L' inamovibilità del giudice consiste in ciò che la nomina una volta fatta sia irrevocabile. L' inamovibilità è un principio fondamentale di un buon ordina-

[1] Possono essere nominati giudici con alcune condizioni gli *ufficiali del pubblico ministero,* gli *esercenti l'avvocatura* ed i *professori di diritto* nelle università dello Stato (art. 50, 51, 72, 128 della L. *sull' ord. giud.*)

Da taluno si propone che i giudici siano tutti scelti fra gli esercenti l' avvocatura. — *V.* ALFONSO CAVAGNARI, *Dell' organizzazione giudiziaria,* p. 133.

mento giudiziario, ammesso generalmente dagli scrittori e riconosciuto dal diritto politico di tutti i popoli liberi, dalla monarchica Inghilterra alla repubblicana America. Imperocchè, per poter essere in grado di fare in ogni evento il suo dovere, il giudice deve essere sottratto ad ogni influenza delle parti contendenti e più ancora del potere esecutivo, e lo sarà quando il giudice siasi reso inamovibile. « Il giudice su cui, nell'esercizio delle sue funzioni, possono influire le passioni altrui, che deve sperare o temere secondo giudica in tal modo od altrimenti, non è più un magistrato indipendente. Il suo posto è usurpato da tutti quelli che ne dirigono la volontà. [1] » — « Per effetto dell'inamovibilità invece il magistrato diventa il giudice di tutti, non fa eccezione di persone, e s'affaccia prima come instituzione che come individuo; egli abdica nell'interesse di tutti la sua propria personalità per non essere appunto che lo schiavo della legge. [2] »

Eppure taluno vorrebbe negata ai giudici la prerogativa dell'inamovibilità, e, cosa più singolare, la vorrebbe negata per la ragione stessa per cui ne sembra indispensabile. L'inamovibilità, si dice, crea l'indipendenza; l'indipendenza crea l'arbitrio ed il despotismo del giudice, [3] e il despotismo del giudice è più funesto che non il despotismo politico. È vero, rispondiamo, che l'inamovibilità crea l'indipendenza; ma è vero altresì che l'indipendenza crea l'imparzialità, condizione necessaria della giustizia.

[1] M. Seligman, *Les riformes de la pr. civ.* p. 27

[2] L. A. Melegari, *Lezioni di diritto costituzionale*, I. pag. 196.

[3] Bentham, *De l'organisation judiciarie*, Chap. XVII, pag. 105.

L'inamovibilità ha senza dubbio i suoi inconvenienti e sovrattutto non mette al riparo la coscienza del giudice da ogni pericolo: la speranza d'un rapido avanzamento nella carriera; il desiderio di onorificenze che il potere dispensa a soddisfazione dell'umana vanità; l'interesse che per avventura il giudice abbia nella questione che deve decidere, possono far tralignare un magistrato men delicato o debole dalla via che il dovere gli impone. Ma l'inamovibilità, intesa come si deve intendere, conduce a quest'importante risultamento, di mettere cioè il giudice determinato a fare il suo dovere, in grado di farlo senza timore di vedersi danneggiato nella sua attuale posizione. D'altro canto non vogliamo che coll' inamovibilità s'abbandoni il giudice intieramente a sè stesso e si renda irresponsale in senso assoluto; ai possibili ed eventuali eccessi del giudice si può e si deve porre riparo ordinando i giudizi per guisa che, salva l'indipendenza assoluta nella soluzione della controversia, trovi nel resto la condotta del giudice un efficace controllo nel seno stesso dell'autorità giudiziaria. [1]

Le cose fin qui discorse dimostrano che l'inamovibilità deve essere piena, completa; il giudice non deve soltanto essere inamovibile dall' *uffizio*, ma anche dal *luogo* in cui l'ufficio s'esercita, salve solamente le traslocazioni richieste dal generale servizio della giustizia. Se i giudici non fossero inamovibili anche dal luogo, si troverebbero per ciò solo sotto la dipendenza immediata di coloro che possono traslocarli, e, presso di noi, sotto la dipendenza del potere esecutivo, ossia del partito che siede al governo dello stato.

[1] *V. infra* § 28.

Il che ne comprometterebbe gravemente l'indipendenza, poichè una traslocazione non voluta può essere tanto nociva, quanto quasi una vera destituzione.

In questo senso più largo sembra essere l'inamovibilità consacrata dal testo stesso dello statuto: dichiarando i giudici *inamovibili*, [1] ed adoperando un vocabolo che indica negazione di moto da luogo a luogo, manifestamente comprende e l'inamovibilità dall' uffizio e l'inamovibilità dal luogo, in cui l'uffizio si esercita.

La precedente legge sull'*ordinamento giudiziario*, rendendo omaggio alla disposizione della statuto dichiarava esplicitamente i giudici amovibili del luogo solo *per utilità del servizio.* [2] Sulle stesse orme procedendo la nuova legge non solo dispone che i giudici *inamovibili* non possono essere privati del loro grado, o sospesi, nè posti senza loro consenso in disponibilità, in aspettativa o riposo, anche con pensione, se non nei casi e nelle forme dalla legge prescritte; ma sanziona inoltre il principio che non possano essere tramutati da luogo a luogo se non *per l'utilità del servizio* e con parità di *grado* e di *stipendio* e in oltre col diritto *ad una indennità*, se il tramutamento ha luogo senza che il giudice ne abbia fatta domanda e senza promozione. [3]

Come condizione necessaria per acquistare l'inamovibilità lo statuto richiede *tre anni di esercizio*, ed induce inoltre un'eccezione pei giudici inferiori, ossia pei

[1] Art. 69 dello Statuto.
[2] Art. 103 della L. 13 Novembre 1859, n° 3781.
[3] Art. 199, 200 della L. *sull' ord. giud.*, 6 Decembre 1865, n° 2626.

pretori, [1] ed ai pretori vogliousi aggiungere anche i conciliatori. [2]

Il *triennale noviziato* è stato forse dallo statuto introdotto affinchè il governo potesse assicurarsi della capacità e delle altre qualità del giudice prima di renderlo inamovibile; ma forse non si pensò che per tal modo s' abbandona il giudice in balia del governo sul bel principio della sua carriera, quando minore ancora è la sua fermezza ed esperienza, quando invece più viva gli sorride la speranza d' un brillante avvenire, in epoca insomma, in cui più facilmente il giudice può cedere alle seduzioni del potere. [3]

Che la prerogativa dell' inamovibilità non si debba concedere ai *conciliatori* è consentaneo all'indole popolare di questa instituzione ed alla sua molto limitata giurisdizione; ma lo stesso non sembra potersi dire dei *pretori*.

Per giustificare la legge che nega ai pretori l'inamovibilità suolsi dire che oltre le funzioni giudiziarie sono ai medesimi affidate funzioni che li mettono sotto la dipendenza del potere esecutivo quali sono per esempio le funzioni di agenti della polizia giudiziara [4] — Ma considerando l'importanza delle funzioni giudiziarie dalla legge loro affidate e in materia penale [5]

[1] Art. 69 dello statuto.

[2] Art. 30 della L. *sull' ord. giud.* I conciliatori durano in ufficio tre anni e possono essere confermati.

[3] Questa condizione dell' inamovibilità è stata tolta probabilmente dall' art. 85 della costituzione di Napoli 11 Febbraio 1848.

[4] Art. 57 - 3°, 71 cod. pr. pen., V. BOURBEAU, *De la justice de paix*, 3.

[5] Art. 81 cod. pr. pen.

e in materia civile[1] non sembra che si debbano collocare in condizione così eccezionale — Le funzioni di ordine amministrativo sono secondarie e non debbono impedire che la qualità di giudice prevalga a quella di agente del governo.

Lo statuto non accorda l'inamovibilità ai pretori ed agli altri giudici durante il triennale noviziato; ma nulla vieterebbe che si facesse dalla legge ciò che non hà fatto lo statuto stesso — Se tuttavia non si vuole concedere l'inamovibilità, non sarebbe cosa meno opportuna e conveniente loro accordare qualche garanzia particolare, che ne assicuri meglio la posizione rispetto al potere esecutivo.

§ 28 Responsabilità dei giudici.

L'inamovibilità non è assoluta — Responsabilità giuridica dei giudici — Azione e pene disciplinari — Quando e come s'eserciti l'azione disciplinare — Responsabilità morale — Sistema generale della legge — Pubblicità dei giudizi — Transizione. —

Per quanto necessaria sia l'inamovibilità, essa non può e non deve rendere il giudice irresponsale in senso assoluto. L'inamovibilità si metterebbe in contradizione collo scopo stesso, per cui è instituita, se il giudice dovesse essere mantenuto in officio anche quando venga meno ai doveri della sua carica.[2] Qual

[1] Art. 71, 82 cod. pr. civ.

[2] I giudici in Inghilterra sono anche immovibili soltanto « *quamdiu bene se gesserint* » Ed. Fischel, *La constit. d'Angleterre*, I. p. 350.

è lo scopo dell'inamovibilità? quello di rendere il giudice indipendente nella soluzione della controversia; ma, salva la piena libertà di giudicare in un senso più presto che un altro, il giudice pel rimanente rientra nel diritto comune e deve anche giuridicamente rispondere della condotta che tiene nell'adempimento dell'ufficio affidatogli.

Se per tanto il giudice vien meno ai suoi doveri per fatto non imputabile a sua colpa, come, per esempio, per sopraggiunta debolezza di mente o per altra infermità, viene dispensato dall'impiego; [1] se ciò invece accade per fatto imputabile a colpa del giudice, il quale, per esempio, compromettà colla sua condotta in qualunque modo la sua dignità o la considerazione dell'ordine a cui appartiene, ovvero contravvenga altrimenti ai doveri della sua carica, va soggetto a *provvedimenti disciplinari*, [2] e nel caso di fatti più gravi può essere dall'ufficio *rimosso*, ad anche *destituito*, [3] e giustamente, perchè non si dovrà nel giudice colpire, occorrendo, una negligenza colpevole, il malvolere, la prevaricazione?

Avvertiamo tuttavia che quantunque si debba nell'interesse della giustizia punire il magistrato anche inamovibile, che cessa di offrire le volute guarentigie di rettitudine, la punizione non doveva essere lasciata in piena balìa del potere esecutivo, che potrebbe o per errore d'apprezzamento dei fatti, od anche per consi-

[1] Art. 203 della L. *sull'ord. giud.*

[2] I provvedimenti disciplinari sono *l'ammonizione*, la *censura*, la *riprensione*, la *sospensione* dall'*uffizio* o dallo *stipendio* (*V.* art. 214, 221 della L. *sull'ord. giud.*.)

[3] *V.* art. 204, 205 della L. *sull'ord. giud.*

derazioni politiche rendere illusorio con arbitrarie ed inique misure il benefizio dell'inamovibilità. — Un siffatto sistema che conviene seguire in ordine agli agenti del potere esecutivo, sarebbe inaccettabile rispetto ai membri della magistratura giudicante, pei quali è indispensabile la guarentigia d'un giudizio; ottimo invece sotto questo aspetto ne sembra il sistema della legge vigente, che accorda ai giudici la guarentigia del *giudizio dei pari*; poichè niun magistrato inamovibile può essere *punito* senza che vi preceda una deliberazione conforme da emanarsi in regolare giudizio dalla stessa autorità giudiziaria [1] — È questo, come abbiamo detto, un vero *giudizio di pari* che tutti assicura; i giudici chiamati a pronunciare, teneri come sono ugualmente e dalla loro prerogativa e dell'onore dell'ordine, escludono ogni sospetto, che non siano nel modo migliore tutelati del pari e i diritti dell'imputato e gli interessi della giustizia. [2]

Abbiam detto, che al giudice deve essere assicurata la libertà della sentenza. Nessuno vorrà sostenere che il giudice debba essere responsabile nel senso che gli

[1] L'*ammonizione* può essere inflitta senza necessità di un giudizio da chi ha sovra i giudici il diritto di sorveglianza (*V.* art. 215, 219 della L. *sull'ord. giud.*) Ma per la *censura*, *riprensione* e *sospensione* dall'*uffizio* o dallo *stipendio* si apre un giudizio disciplinare davanti il tribunale o la corte, cui il giudice appartiene; nel qual giudizio può l'imputato fare le sue difese (*V.* art. 189, 230, 238 della L. sull'*ord. giud.*) — Se poi si trattasse di *rimozione* o di *destituzione* dall'impiego è richiesta la declaratoria conforme della *corte di cassazione a sezioni unite* (art. 206 della L. *sull'ord. giud.*)

[2] Vuolsi notare che l'*azione disciplinare* è affatto indipendente dall'azione *civile* o *penale* che secondo il diritto civile proceda dal medesimo fatto (*V.* art. 280 della L. *sull'ord. giud.* — Art. 783 cod. pr. civ. — Art. 217, 235 cod. pen.)

si possa chieder conto d'aver pronunziato in un modo più presto che in un altro: sotto quest' aspetto il giudice deve essere affatto indipendente e solo soggetto a quella responsabilità morale che tutte accompagna le azioni umane, sotto pena di corrompere la giustizia nella persona dei giudici.

Trattandosi *di rettitudine,* ossia di cosa che in gran parte dipende dalla volontà del giudice stesso, del sentimento d'onore e del dovere, dall'amore del vero e del giusto, la legge non può ricorrere che a garanzie indirette per rafforzare questa morale responsabilità ed ovviare nel miglior modo possibile agli inconvenienti derivanti dall' ignoranza o dalla malizia del giudice.

A questo santissimo scopo si può dire che tende tutto il sistema legislativo e particolarmente il giudiziario; la scelta del giudice, la costituzione dell'autorità giudicante, le regole delle prove e della procedura sono tutte dettate nell'intento di fare prevalere nella decisione del giudice esclusivamente la verità e la giustizia — Ciò risulterà chiaramente dallo svolgimento successivo del *diritto giudiziario;* qui ne sembra opportuno indicare una sola guarentigia speciale sotto quest' aspetto validissima e concernente la *pubblicità* dei giudizi. La pubblicità esercita dapertutto un gran magistero morale; è la face che illumina ed è scorta allo scoprimento del vero ed alla pratica del bene — La pubblicità della legislazione in generale rende popolare il diritto sottraendolo al monopolio d' una casta predominante, e favorisce l'*uguaglianza civile* — La pubblicità negli ordini politici mette freno agli eccessi tanto pericolosi del potere esecutivo, ed assicura la *libertà* — La pubblicità nelle relazioni internazionali rende più

difficili le ingiuste pretese che un più potente potrebbe elevare contro uno stato più debole, e garantisce l'*indipendenza* — La pubblicità nell'ordine giudiziario riunisce tutti questi vantaggi; e mentre assicura ai contendenti la parità di trattamento e la libertà dell'attacco e della difesa, è il più potente ostacolo alle parzialità del giudice. Imperocchè gli ingiusti favori e le ingiuste persecuzioni diventano impossibili dove libera si può spiegare la censura dell'opinione pubblica, che, al dire d'un grande genio del secolo, finisce sempre per prevalere. [1]

Quando si è provveduto al modo di scegliere i giudici, e si sono assicurate le condizioni che in ciascuno di essi devono concorrere, noi abbiamo omai gli elementi, od i materiali per elevare l'edifizio giudiziario.

La composizione dei tribunali vuol essere esaminata sotto quattro aspetti, in ordine cioè alla loro costituzione intrinseca, in ordine alla materia del contenzioso, in ordine al territorio, in cui esercitano la loro giurisdizione e infine in ordine al grado dei diversi tribunali.

[1] Il Bentham, *De l' orgenisation judic.* Chap. XVI riferisce il detto di Mirabeau alla tribuna francese che dimostra quanta benefica influenza eserciti sul giudice la pubblicità « *Donnez moi le juge que vous voudres partial, corrompu, mon ennemi même si vous voulez, peu m' importe, pourvu que il ne puisse rien faire, qu'à la face du public.* » V. anche Seligman, *Les reformes* etc. p. 68.

§ 29 Pluralità dei giudici.

Unità e plurità dei giudici — Considerazioni in favore dell'unità — Considerazioni in favore della collegialità — Legislazione positiva. —

La questione se il tribunale si debba di preferenza comporre d'un *giudice unico*, ovvero di *più giudici* che pronuncino collegialmente, sembra a' nostri giorni già definitivamente risolta in favore di quest'ultimo sistema, sebbene alcuni vadano ancora battagliando in favorè del primo.

Nel sistema del giudice unico, si può dire, pochi giudici essendo sufficienti, si possono trovare e scegliere soltanto gli ottimi; ammessa invece la pluralità, per compierne il numero assai più elevato che si rende necessario, si dovrà ricorrere anche alla scelta di giudici di mediocre abilità — La pluralità, si può soggiungere è in ogni caso inutile: — inutile quando i giudici chiamati a pronunciare collegialmente, riuniscano tutti in grado eminente le volute condizioni di scienza, indipendenza e rettidudine, poichè non si deve fare con molti ciò che si può conseguire con un solo giudice, e un giudice solo basta a conseguire lo scopo essenziale del giudizio, che quello è di risolvere rettamente la controversia; — è inutile quando i giudici siano tutti meno abili e mediocri, poichè, moltiplicando il numero di questi giudici, non s'aumentano del pari le guarentigie di maggiori lumi nella soluzione della questione; — è ancora inutile quando di più giudici mediocri uno vene sia di abi-

lità superiore, poichè nella decisione della controversia questi finirà sempre per far prevalere la sua personale opinione — A che giova dunque la contemporanea pluralità dei giudici? ad imporre all' erario dello stato una spesa enorme ed a smussare un potente stimolo all' attività ed alla nobile ambizione dei giudici — Imperocchè la pluralità rendendo collegiale la morale responsabilità del giudicato spegne ogni sorta di emulazione, e i giudici da questo momento più non cercheranno che di adagiarvisi alla meglio e di vivere, secondo l' espressione del poeta, senza infamia e senza lode. — Il giudice unico all' opposto, essendo individualmente responsabile, si trova per ciò stesso impegnato a fare il meglio che può a profitto della giustizia ed a procacciarsi per tal via fama ed onore — Fu questo il movente principale che spinse il pretore a portare la giurisprudenza romana a quel grado di perfezione che fece sempre e fa ancora oggidì l' ammirazione del mondo. [1]

Ciononostante prevalse a buon dritto nella dottrina e nella pratica la collegialità — Il giudice è uomo, ed, a volerlo anche supporre di vasta dottrina e di ben peregrino ingegno fornito, esso non può tuttavia vantare il privilegio dell'infallibilità, nè credersi in ogni caso inaccessibile alle passioni e debolezze umane — La pluralità, checchè si dica, raccoglie maggiori lumi, e per conseguenza maggiori guarentigie della bontà e giustezza della sentenza — Nella discussione, cui si deve necessariamente far luogo, la questione è

[1] In favore dell' unità *V.* Bentham, *De l' Organ. jud.* ch. 10.

esaminata sotto tutti gli aspetti e dall' attrito delle diverse opinioni sorge più luminosa e schietta la verità — La collegialità infine allontana il pericolo di corruzione, e rendendo possibile la segretezza del voto. favorisce l' indipendenza morale del giudice. — Nè d'altro canto spegne, come si pretende, il sentimento di emulazione nei giudici: questi hanno il più largo campo di dar prova della loro abilità nelle discussioni davanti i colleghi ben più giusti estimatori del vero merito che non sia l' opinione popolare.

Queste considerazioni dimostrano come teoricamente e praticamente sia di gran lunga preferibile il sistema della collegialità; il che riceve una nuova conferma da ciò, che i fautori del giudice unico sono, come già si è osservato, principalmente quelli che vorrebbero adottato il *giurì* anche in materia civile [1] e noi sapiamo già che il giurì in materia civile è inammessibile. [2]

La legislazione positiva abbracciò il sistema della pluralità, che, come già presso gli antichi Ebrei [3] e presso gli Egizi, [4] fu sempre la base fondamentale dell' ordinamento giudiziario presso tutti i popoli che cercarono d' assicurarsi anzitutto una buona amministrazione della giustizia. [5]

Alla regola della collegialità la legge fa tuttavia

[1] *V.* per es. L. B. Bonjean, *Traité des actions*, I. § 93.
[2] *V.* sopra § 9.
[3] I. Salvador, *Histoire des institutions de Moyse.* — *Ne sis judex unus; non est enim unicus judex, nisi unus.* — Mischna Cap. patr. c. 14 § 8.
[4] Diod. sicul. *Biblioth. histor.* I, 75.
[5] Il sistema del giudice unico, scompagnato dal giurì, non è seguito che dai governi dispotici.

due eccezioni, di cui la prima riguarda i *pretori* e l'altra i *conciliatori* [1] — Rispetto a questi ultimi l'eccezione si trova pienamente giustificata dalle funzioni più particolarmente conciliative, e dalla minima entità delle controversie che i conciliatori son chiamati a risolvere; rispetto ai primi, avendone la legge in larga misura ampliata la giurisdizione, l'eccezione più non sembra giustificata che da considerazioni economiche.

§ 30 Pluralità dei tribunali in ordine alla materia ed al valore della controversia.

Contenzioso giudiziario — Varie specie di contenzioso giudiziario — Necessità di separare il contenzioso penale del civile — Unità dei tribunali in ordine alla materia — Pluralità in ordine al valore — Legislazione positiva.

La materia su cui i tribunali esercitano la loro giurisdizione suolsi chiamare *contenzioso giudiziario;* e il contenzioso giudiziario si compone delle controversie giuridiche che l'autorità giudiziaria è chiamata a risolvere — Le controversie cui dà luogo l'applicazione delle leggi penali, costituiscono il contenzioso giudiziario *penale,* e le controversie che sorgono nell'applicazione delle leggi civili, formano il contenzioso giudiziario *civile.* —

Il contenzioso giudiziario civile è poi di diverse specie, di tante cioè, quante sono le categorie di materie speciali intorno a cui dispongono le leggi civili, e si potrebbero moltiplicare indefinitamente moltiplicando le

[1] Art. 27 e 34 della L. *sull'ord. giud.*

classificazioni; ma fra le molte alcune primeggiano come più generalmente ricevute — Così, abbiamo il *contenzioso civile ordinario,* che risulta dal complesso delle controversie giuridiche nascenti dalla applicazione del diritto civile comune, ossia dalle leggi che reggono la famiglia, la proprietà e le obbligazioni giuridiche dei cittadini in generale — Abbiamo il *contenzioso civile commerciale* che consiste nel complesso delle controversie nascenti dall'applicazione delle leggi attenenti al commercio — Le controversie giuridiche infine che nascono nell'esecuzione delle leggi amministrative tra i privati e la pubblica amministrazione, dan luogo al *contenzioso civile amministrativo.* —

Ciò posto, si domanda se debbasi creare un solo tribunale con giurisdizione universale in modo che sia sempre chiamato a pronunziare, a qualunque specie di contenzioso appartenga la controversia, ovvero si debbano costituire tante specie di tribunali, quante sono le specie di contenzioso giudiziario.

Sembra che in questo argomento si abbia dapprima a riconoscere la necessità di separare il *penale* dal contenzioso *civile* — Già notammo più sopra [1] che gli elementi della questione penale sono diversi da quelli di cui si compone la questione civile; o meglio, che nella questione civile non trovasi l'*elemento morale,* il cui apprezzamento vuolsi abbandonare al giudizio del paese — Se poi all'esposta considerazione s'aggiunge ancora quest'altra, che cioè il soggetto della controversia penale non è un diritto patrimoniale, ma la libertà, l'onore e la vita dell'individuo

[1] *V. sopra* § 9.

umano, e che la controversia si agita tra l'accusato e la società, la quale è nel giudizio parte principale, si fa vieppiù manifesta la necessità di disgiungere dal civile il giudizio penale e per quel che concerne le *prove* ed il *rito*, e specialmente per quel che riguarda la *giurisdizione* — In ciò tutti convengono.

Ma è vivamente combattuta nei due opposti sensi la questione se crearsi debbano diverse specie di tribunali civili, tante cioè quante sono le specie di contenzioso civile, ovvero se si debba costituire un solo tribunale civile con universale civile giurisdizione — E a noi sembra che meriti d'essere approvata la dottrina del Bentham; il quale difende quest'ultimo sistema. « Come felici sarebbero i contendenti, esclama il giureconsulto inglese, se non vi fosse che una corte di giustizia, se si potesse dire *il tribunale*, come si dice *il castello, la chiesa!* il più semplice contadino più non potrebbe ingannarsi; egli saprebbe subito a qual giudice proporre la sua domanda; più non avrebbe bisogno di prendersi un procuratore per guida e di mettere così una imposta sulla sua ignoranza; più non farebbe d'uopo di litigare davanti un tribunale per imparare, che si deve litigare davanti un tribunale diverso. [1] » — L'unità di giurisdizione civile invece elimina d'un tratto tutti questi inconvenienti, e procura economia di tempo e di spese senza nuocere alla sicurezza del diritto.

La questione dell'unità o pluralità dei tribunali si può ripetere in ordine al *valore* del diritto cadente in controversia — Qualunque sia il valore della controversia,

[1] *V.* Bentham, *De l'organ. jud.* ch. 5.

deve in massima potersi proporre davanti il medesimo tribunale; sia perchè la maggiore o minore difficoltà della soluzione è affatto indipendente dal valore che possa avere; sia perchè, dipendendo il valore dalla condizione economica dei contendenti, non si può mai *a priori* con esattezza accertare. Così, il facoltoso può considerare di tenue valore quella stessa controversia, che il meno agiato ritiene forse della massima importanza per lui, siccome quella che mette in pericolo tutta la sua piccola fortuna. [1]

Siffatte considerazioni non susistono tuttavia in modo assoluto. Sebbene non sia possibile un apprezzamento, diremo così, *subbiettivo* del valore della controversia; ciò non toglie tuttavia che si possa determinare *obbiettivamente*, ossia secondo il prezzo di mercato. — La tenuità del valore in questo senso accertata ciascun vede che deve esercitare un' influenza e sulla giurisdizione e sulla procedura: vi sono controversie di così tenue valore, per cui fa mestieri nell' interesse stesso delle parti d' un giudice speciale, affinchè non avvenga che, proponendosi al foro comune, il valore intiero si trovi assorbito dalle spese in danno di amendue i contendenti.

La legislazione positiva segue in parte gli esposti principii ed in parte se ne allontana — Per le cause di minor *valore* costituisce, appunto dietro considerazioni economiche, *giudici eccezionali:* [2] nel che la legislazione ne sembra commendevole. Ma crediamo che abbia fatto una men felice deviazione dai retti prin-

[1] V. Bellot, *Exposè des motifs*, p. 53, 54.

[2] Art. 28 e 34 della L. *sull'ord. giud.* — Art. 70, 71 cod. pr. civ.

cipii quando costituì e mantenne *tribunali eccezionali* [1] sotto l'aspetto delle diverse specie del contenzioso civile, come sono i tribunali di commercio e i tribunali amministrativi.

§ 31. Tribunali di commercio.

Giurisdizione consolare — Tribunali di commercio — Composizione attuale dei tribunali di commercio — Considerazioni in favore di questa instituzione — Abolizione dei tribunali commerciali — La specialità delle controversia non richiede un tribunale speciale — Non possono reputarsi come un giurì commerciale — Non sono un tribunale di arbitri — Dottrina di quelli che vogliono i tribunali di commercio solo nei principali centri commerciali — Legislazione positiva. —

I tribunali di commercio son nati in Italia nel secolo undecimo: costituivano sotto il nome di *consolati* o di *giurisdizione consolare* una giurisdizione speciale sopra le liti cui dava luogo il commercio, *nella quale si cercò di raccorciare le forme giuridiche per non lasciare infruttiferi i capitali ed inquieta la buona fede* [2] — Eranvi due sorta di giurisdizione consolare: l'una s'esercitava da consoli all'estero; i quali aveano per ufficio e di tutelare il commercio nazionale e di risolvere le controversie commerciali che insorgevano fra i commercianti ivi residenti: l'altra s'esercitava

[1] I tribunali *eccezionali* differiscono dai *privilegiati* come l'*eccezione* differisce dal *privilegio*. L'eccezione è una deviazione dal diritto comune in favore della specialità delle cose; il privilegio una deviazione in favore esclusivo della persona.

[2] *V.* F. Sclopis, *Storia della legisl. ital.*, I, c. 5 p. 205, 214. — *V.* anche Belime, *Philosophie du droit*, I, L. III, c. 8.

nell'interno dello stato da giudici speciali che erano i commercianti stessi, parimenti nelle controversie commerciali — Comunque sia, queste speciali giurisdizioni si mantennero sino a noi, ritenendo la prima l'antica sua denominazione di *giurisdizione consolare*, prendendo l'altra il nome di tribunali di commercio, che secondo la vigente legislazione si compongono di giudici commercianti nominati dal Re sulle proposte fatte dalle rispettive camere di commercio. [1]

Che i tribunali commerciali siano, non che utili, necessari all'incremento ed alla prosperità del commercio, sembra a primo aspetto potersi dedurre dalla durata stessa della loro instituzione; se questa speciale giurisdizione non fosse indispensabile, come mai avrebbe potuto serbarsi incolume sulle ruine di sette secoli? — Le questioni commerciali, si può soggiungere, hanno tutte un carattere d'urgenza, onde nell'interesse generale del commercio si devono risolvere colla maggior possibile semplicità e speditezza; hanno tutte una natura affatto speciale e che dà luogo a tali difficoltà, le quali, meglio dei giudici ordinari, i commercianti stessi son capaci di risolvere.

Ciò nonostante noi crediamo che il tempo dei tribunali di commercio sia passato, e che non rechino al commercio, almeno nello stato attuale della legislazione, alcuna pratica utilità.

Già notammo che la sola coesistenza di più tribunali civili dà luogo a conflitti di giurisdizione; [2] ora aggiungiamo che per la difficoltà teorica e pratica di segnare con precisione i confini delle due giurisdizioni

[1] Art. 55, 57 della L. *sull'ord. giud.*
[2] *V. sopra* § 30.

civile e commerciale, questi conflitti saranno assai frequenti, e in consegnenza invece di provvedere prontamente ai bisogni del commercio, verrà troppo sovente e con troppo danno del commercio stesso ritardata la soluzione della controversia.

Le questioni commerciali a confronto di quelle che si riferiscono al contenzioso civile ordinario, hanno, è vero, un carattere particolare d' urgenza — Ma l' urgenza per sè sola non può giustificare la costituzione d' una giurisdizione speciale, poichè al bisogno d' urgenza si può provvedere altrimenti, con una procedura cioè più semplice, che pur mantenendo le garanzie necessarie alla sicurezza del diritto, più celeremente conduca alla soluzione della controversia.

Abbracciando il commercio da un canto una sfera speciale della vita privata, e dall' altro canto non conoscendo altri confini che quelli del mondo, le controversie commerciali hanno pure una natura loro propria e particolare ; il perchè la legislazione che regge il commercio, dovrà assumere in ordine alla materia un carattere eccezionale alla legislazione civile ordinaria, e in ordine allo spazio un carattere più universale, cosmopolitico — Ma, stabilita una volta la legislazione più conforme ai bisogni del commercio, le difficoltà della pratica applicazione di questa sono identiche a quelle che s' incontrano nell' applicazione delle leggi civili ordinarie; le questioni di contenzioso commerciale sono pur sempre questioni di diritto, per risolvere le quali il giudice deve essere in possesso della scienza giuridica, della legislazione positiva e del conveniente metodo d' interpretarla — Ciò posto, chi vorrà dire più abili dei giudici ordinari i commercianti, quando

sappiamo che le principali occupazioni di questi sono più presto di vegliare sui loro propri interessi, che d'attendere allo studio del diritto e della legislazione?

Le cognizioni speciali, tecniche non si ritrovano sempre nemmeno nei commercianti giudici: questi possono essere esperti nel ramo di commercio, cui si sono dedicati, ed essere nello stesso tempo digiuni affatto delle cognizioni che si riferiscono agli altri rami dell' attività commerciale ed industriale: cognizioni, che pur sarebbero indispensabili, se questa ragione valesse, per pronunciare nelle relative controversie — Tutto ciò dimostra, che, ammesso una volta il sistema che combattiamo, ci troveremmo condotti a rigor di logica a moltiplicare indefinitamente i tribunali speciali, a creare cioè, come già si è osservato, [1] tanti tribunali speciali, quanti sono i rami speciali di commercio!...

I tribunali di commercio non possono essere giustificati considerandoli come un *giurì speciale* sopra le liti commerciali — Per vero i tribunali di commercio sono permanenti, e chiunque, per poco che si renda conto dell' essenza e dello spirito della giustizia popolare, deve riconoscere, che il giurì anche speciale, affinchè possa offrire le guarentigie che gli sono proprie, vuole essere composto di giudici temporanei — Del resto, anche fatta astrazione da questa considerazione, osserviamo che tutte le ragioni già addotte più innanzi contro il giurì civile in generale [2] sussistono parimente contro l' instituzione d' un giurì commerciale.

I giudici componenti i tribunali di commercio, si

[1] *V.* Meyer, *Instituzioni giudiziarie, V.* lib. VIII, cap, 26
[2] *V. sopra* § 9.

dice, nominati dai commercianti od almeno scelti fra i commercianti, sono *arbitri* che inspirano piena fiducia ai contendenti; e ciò basta per dirne commendevole l'istituzione.

Secondo noi qui appunto sta l'errore — L'arbitramento, instituzione per sè stessa utilissima, per sua natura ed essenza è, e deve essere *volontario;* nell'arbitramento *forzato* il collegio degli arbitri perde il suo naturale carattere per prender quello d'un vero tribunale permanente senza offrire contemporaneamente uguali garanzie; e i tribunali di commercio, a cui i contendenti anche loro malgrado sono obbligati a ricorrere, se si vogliono considerare come arbitri, non possono essere ritenuti altrimenti che come *arbitri forzati* — Ma allora qual fiducia inspireranno ancora alle parti? non v'è piuttosto motivo di dubitare della loro attitudine od anche del loro disinteresse? chi può assicurare che i commercianti giudici siano sempre per pronunciare una decisione imparziale e non si lascino talvolta guidare da viste di personale interesse, per esempio, da gelosia di mestiere? — Infine più non sembra giustificato il grave sacrificio economico, cui deve sottostare lo stato pel mantenimento d'un tribunale di arbitri pei commercianti dal momento che il diritto comune ai cittadini tutti ed ai commercianti in particolare permette nel modo più ampio il compromesso.

Dal finquì detto risulta che i tribunali di commercio non han ragione di esistere; e nuovo argomento a conferma della nostra tesi incontreremo se poniam mente alla legislazione positiva italiana — Nel vigente sistema le cause commerciali di minore entità

sono devolute alla giurisdizione civile ordinaria, ai *conciliatori* cioè [1] ed ai *pretori* [2] — La *corte d'appello* del contenzioso civile ordinario è pure il tribunale d'appello del contenzioso commerciale [3] — Alla *corte di cassazione* si devono pur denunciare le sentenze emanate in materia commerciale che si reputino contrarie alla legge [4] — In alcuni circondari soltanto sono stabiliti accanto ai tribunali civili tribunali di commercio per le controversie commerciali, le quali poi nei circondari dove non esiste tribunali di commercio, si devono parimente proporre al tribunale civile ordinario [5] — Se pertanto nella più parte dei casi il contenzioso commerciale è già dalla vigente legge devoluto alla giusdizione ordinaria, e l'esperienza dimostra che questo sistema non dà luogo ad inconvenienti, si palesa vieppiù inutile l'istituzione dei tribunali di commercio.

Scrittori autorevoli e competenti esaminando la questione dal punto di vista pratico, pensano che i tribunali di commercio attualmente esistenti dovrebbero essere diminuiti di numero, e conservati soltanto nei grandi centri commerciali, come per esempio nelle città più manufatturiere e nei porti marittimi, ove si fa il *mercato del mondo* [6] — Rispondiamo che le considerazioni esposte stanno contro l'istituzione in sè stessa e non contro il numèro dei tribunali di com-

[1] Art. 70 cod. pr. civ.
[2] Art. 71 cod. pr. civ.
[3] Art. 87 cod. pr. civ.
[4] Arg. art. 88 e 517 cod. pr. civ.
[5] Art. 52, 53, 54 della L. *sull' ord. giud.* — art. 85 cod. pr. civ.
[6] Bordeaux, *Philoph. de la proc. civ.* p. 155 — Pescatore, *Sposizione compendiosa della proc.* ecc. p. 144.

mercio; e dal momento che necessaria al commercio si manifestasse una speciale giurisdizione, la logica vorrebbe che questa si dovesse costituire ed ordinare non solo nei maggiori ed importanti centri, ma anche in tutti quegli altri, in cui una considerevole quantità d'affari commerciali ne dimostrasse il bisogno.

§ 32. I tribunali amministrativi.

A chi deve essere affidato il contenzioso amministrativo — Che cosa s' intenda per contenzioso amministrativo: esempi — Sistema francese; confutazione — Esame critico della dottrina del prof. Pescatore — Legislazione italiana.

I governi assoluti non riconoscono il contenzioso amministrativo; esagerando il principio d' autorità attribuiscono allo stato il diritto esclusivo d' ergersi giudice delle questioni che vi si riferiscono — I governi liberi non riconoscono il contenzioso amministrativo poichè collocando tutti i diritti sotto la tutela della legge, tutte le questioni di questo genere deferiscono ai tribunali ordinari — Il contenzioso amministrativo con tribunali speciali amministrativi si presenta come una transazione in favore dei diritti dei cittadini tra i due opposti sistemi di governo politico. —

Il contenzioso amministrativo prende origine dall' azione stessa della pubblica amministrazione. [1] Sebbene nella sua essenza non sia che un strumento per la tutela dei diritti e pel progresso morale ed economico dei cittadini, lo stato ha pure un fine suo proprio, per conseguire il quale abbisogna mezzi, che pos-

[1] *V. sopra* § 30.

siede e si procaccia per via di convenzioni — Così lo stato, persona giuridica, possiede beni stabili e mobili e contrattando coi cittadini, acquista dei diritti e s' assoggetta ad obbligazioni — Tra lo stato *proprietario* o *contraente* ed i privati possono insorgere delle controversie, intorno alla proprietà, od intorno alla natura ed estensione delle obbligazioni reciprocamente assunte. Ma siffatte controversie non costituiscono tutto il contenzioso amministrativo propriamente detto e quasi tutti convengono che la risoluzione di queste deve essere affidata ai tribunali ordinari.

Lo stato, *amministratore della cosa pubblica*, ha inoltre una sfera d' azione sua propria, che la legge regola e mantiene entro limiti determinati dal fine proposto alla stessa pubblica amministrazione. Or gli agenti dell'amministrazione pubblica nell' adempimento del loro ufficio possono trascendere, offendere diritti, che la legge assicura ai cittadini e suscitare delle controversie giuridiche tra questi e l' amministrazione pubblica — La legge, per esempio, stabilisce in proporzione delle sostanze di ciascuno, o della importanza degli atti giuridici una quota di contributo a carico dei cittadini verso lo stato; l' agente dell'amministrazione esige una quota maggiore di quella legalmente accertata e viola il diritto del contribuente — Parimente la legge assicura all' impiegato, che abbia fedelmente servito lo stato, una pensione di riposo, che, quando sia stato regolarmente ammesso a goderne, costituisce parte del suo patrimonio ; nella liquidazione si può stabilire la quota in una somma minore della dovuta e violarsi il diritto del pensionato — Il diritto d'elettorato nelle elezioni amministrative e politiche è il

fondamento degli ordini liberi, e il mezzo per cui il cittadino prende parte all'esercizio della sovranità ed all'indirizzo dei poteri pubblici; gli agenti della amministrazione incaricati della revisione o della approvazione delle liste elettorali cancellano taluno indebitamente e violano il diritto del cittadino — Il contenzioso amministrativo si compone appunto di tutte queste ed altre consimili controversie giuridiche tra i privati e lo stato considerato come amministratore della cosa pubblica.

Considerando il contenzioso amministrativo si vede che le questioni di cui si compone, sono della natura di quelle che costituiscono il contenzioso civile ordinario, e che da queste non differiscono se non in ciò, che la lite non verte più tra privati e privati, ma tra privati e la pubblica amministrazione — Così, l'amministrazione che esige una tassa superiore a quella stabilita, fa un atto equivalente a quello del privato, che riceve dal supposto debitore una somma non dovuta; che però è tenuto a restituire — L'amministrazione che fissa la pensione di riposo in una somma minore fa come il debitore che pretende pagar meno di quello che deve — Il diritto stesso d'elettorato viene a riferirsi indirettamente al patrimonio, poichè il cittadino privato indebitamente di questo diritto non può portar la sua voce sino ai poteri legali, che hanno pure per ufficio di stabilire la specie e la misura dei sacrifizi economici del paese — Per queste considerazioni chi non vorrà ammettere doversi tutte queste questioni, in cui si trova sempre in pericolo un diritto prezioso del privato, affidare alla giurisdizione dei tribunali ordinari?

La legislazione francese, e, ad esempio della francese la legislazione sarda, accorda bensì al contenzioso amministativo la protezione dell' autorità giudiziaria; ma vuole che la cognizione di queste controversie sia affidata a *tribunali speciali;* converte cioè in tribunali pel contenzioso amministrativo gli stessi *consigli amministrativi* e particolarmente i *consigli di prefettura* in tribunali di primo grado, ed il *consiglio di stato* in tribunale d' appello.

Questo sistema non offre una guarentigia efficace al diritto contro l'arbitrio del governo; non inspirano invero sufficente fiducia d' imparzialità i tribunali composti di funzionari amministrativi e dal governo dipendenti in una questione tra un privato e la stessa pubblica amministrazione.

Questa speciale giurisdizione amministrativa si dice da taluno richiesta dalla necessità di non incagliare il libero svolgimento dell' azione amministrativa, che altrimenti più non potrebbe convenientemente provvedere a' molti e sovente urgenti bisogni del stato.

Tale considerazione confonde miseramente tra loro cose essenzialmente diverse; confonde cioè una questione di diritto con una questione d' interesse. Se si trattasse d' una questione di semplice interesse si potrebbe senza difficoltà accettare il principio dominante nel diritto amministrativo, secondo cui l' utile del maggior numero deve prevalere sull' utile del numero minore, e in conseguenza l'utile dello stato sull' utile d' un privato cittadino — Ma il contenzioso amministrativo implica una questione di diritto, e nel conflitto tra il giusto e l' utile son necessarie delle guarentigie per cui venga assicurata sempre la prevalenza alla

giustizia — D' altro canto non disconosciamo che alla pubblica amministrazione si deve lasciare tutta quella libertà d' azione che è richiesta dal suo complesso e difficile còmpito: solo affermiamo che siffatta libertà non può essere illimitata e che non si può estendere sino a violare impunemente un diritto dei cittadini guarentito dalla legge. La tesi contraria sarebbe la negazione della libertà, e la creazione del despotismo amministrativo. [1]

Nè sarebbe d' altro canto conveniente creare, in vista della specialità della controversia, un tribunale speciale composto di persone indipendenti dall' amministrazione ed inamovibili, tale cioè da offrire garanzie uguali a quelle che offrono i tribunali ordinari.

Questo sarebbe certo un gran passo in favore del diritto privato controverso — Ma dal momento che la questione di contenzioso amministrativo non diversifica nella sua sostanza da quelle che si trattano davanti i tribunali ordinari, perchè si vorrà costituire una nuova serie di tribunali e suscitare un' infinità di conflitti di giurisdizione con un nuovo e grave dispendio dell' erario e dei contendenti? — Se poi fosse vero che sarebbe inceppata l' azione amministrativa conferendo il contenzioso amministrativo ai tribunali ordinari, dovrebbe esserlo del pari quando a questo scopo si costituisse un tribunale speciale dall' amministrazione indipendente.

Il Pescatore esponendo i limiti della competenza dell' autorità giudiziaria ammette non essere « impossibile che gli agenti governativi nell' amministra-

[1] La divisione dei poteri pubblici, canone fondamentale dei governi liberi, giustifica il principio che abbiamo enunciato.

zione della cosa pubblica offendano il diritto dei cittadini; » poter avvenire che gli agenti del potere nell'esecuzione della legge sociale esigano o proibiscano più di quanto si debba od anche ledano diritti acquistati già in forza di legge o di precedenti atti governativi. « Ma cotesta possibilità, soggiunge, o facilità d'offesa è quella appunto che dimostra la necessità di diniegare ai cittadini l'azione giudiziaria contro gli atti del governo » per la ragione che « se ogni cittadino sotto pretesto di leso diritto avesse facoltà di trarre ad ogni passo le pubbliche amministrazioni e le autorità governative dinanzi ai tribunali e sottopporre ogni loro atto all'esame dell'autorità giudiziaria e fossero pur limitati l'esame e la censura al *rapporto giuridico*, non mancherebbe l'autorità giudiziaria di acquistare più che una influenza, una vera supremazia sull'amministrazione della cosa pubblica. » E conchiude col dire che lo *stato possidente* e *contraente* è pienamente *soggetto*, e lo *stato amministratore della cosa pubblica* è pienamente *sottratto* alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria.[1]

Se con ciò si vuol dire che il potere legislativo, interprete sovrano della giustizia sociale e sovrano apprezzatore della comune utilità, deve guarentire alla pubblica amministrazione la libertà d'azione necessaria all'adempimento della sua missione, denegando anche per alcuni fatti lesivi la protezione dall'autorità giudiziaria, è cosa che non si può seriamente contestare — Così per esempio, a quel modo stesso che la legge nega l'azione per le somme immodiche

[1] Pescatore, *Sposizione compendiosa della proc. civ. e pen.* pag. 294.

vinte al giuoco od alla scommessa per ragioni di convenienza civile,[1] la nega parimente contro gli agenti della polizia giudiziaria che abbiano per errore catturato od altrimenti sottoposto a penale processo un cittadino come colpevole di reato, quando invece fosse innocente, perchè altrimenti non sarebbe possibile provvedere all'ordine pubblico — Ma il voler dire che gli agenti governativi, come amministratori della cosa pubblica, non debbano rispettare i diritti dei cittadini acquistati conformemente alla legge, è, secondo noi, creare il despotismo dell'amministrazione e sacrificare la giustizia sull'altare della pubblica utilità: per compiere il suo ufficio la pubblica amministrazione non abbisogna della facoltà di conculcare le leggi che stanno a tutela del diritto privato e politico.

Il timore che l'autorità giudiziaria, cui ogni sorta d'iniziativa è interdetta, venga ad acquistare una supremazia indebita sulla pubblica amministrazione essenzialmente attiva, è affatto imaginario: sembra certo invece che con questo sistema si cade nell'opposto eccesso, di lasciar cioè invadere dal potere esecutivo il campo dell'autorità giudiziaria — Alla libertà della pubblica amministrazione è d'altro canto sufficientemente provveduto, quando si mantenga intanto l'atto amministrativo con tutte le sue conseguenze giuridiche, insino a che l'autorità abbia pronunciato definitivamente sulla questione di offeso diritto.

Le esposte considerazioni sono talmente evidenti, che l'illustre autore vedendo forse i pericoli che si nascondono nella sua dottrina ritiene « *cosa degna*

[1] Art. 1802 cod. civ.

della giustizia del legislatore che un tribunale abbastanza elevato perchè non sia una garanzia illusoria con giurisdizione generale amministrativa venga costituito a giudicar sui richiami di offeso diritto. » [1] — Ma rispondiamo: o questo tribunale amministrativo è un vero tribunale indipendente, e allora quei timori che l'autorità giudiziaria acquisti una vera supremazia sull'amministrazione della cosa pubblica non sarebbero eliminati, ma soltanto spostati e trasferiti nel tribunale amministrativo: o questo tribunale si vuol tener dipendente dall' autorità amministrativa, e allora, per quantunque elevato si voglia supporre, non sarà che una guarentigia illusoria.

La legislazione italiana, abbandonato il sistema francese, richiama al giudice comune il contenzioso amministrativo. — Tutte le materie nelle quali si faccia questione di un *diritto civile o politico*, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorchè siano emanati provvedimenti del potere esecutivo, sono devolute alla giurisdizione ordinaria: la quale tuttavia si limiterà a conoscere degli *effetti* dell' atto stesso in relazione all' *oggetto dedotto in giudizio* senza che possa esser l' atto amministrativo revocato o modificato, se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si uniformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso. [2]

Questo sistema tanto più semplice, quanto più consentaneo ai razionali principii assicura ad un tempo e la voluta libertà dell' azione amministrativa e l' effi-

[1] Pescatore, pag. 295, ivi.

[2] Art. 2 e 4 della L. *sul contenzioso amministrativo* del 20 marzo 1865, n. 2248, alleg. *E*.

cace tutela del diritto privato e pubblico contro l' arbitrio e gli eccessi della pubblica amministrazione. Imperocchè, mentre d' un canto apre in ogni caso la via in favore del diritto offeso al giudizio davanti i tribunali ordinari, vuole dall' altro che si mantenga forza ed effetto all' atto amministrativo sino alla sentenza irrevocabile dell' autorità giudiziaria. Così, le controversie d' imposte si propongono alla giurisdizione ordinaria; [1] ma intanto non cessa l' obbligo di pagare la imposta, tanto che l'atto d' opposizione per essere ammessibile in giudizio deve essere accompagnato dal certificato del fattone pagamento. [2] Così, ancora le controversie che riguardano l' espropriazione forzata o contratti di lavori o somministrazioni, non possono fermare il corso delle operazioni, le quali si possono continuare con decreti motivati della pubblica amministrazione, ma senza pregiudizio de' diritti delle parti da esperirsi davanti l' autorità giudiziaria. [3] E quel che dicesi dei diritti patrimoniali lesi dagli agenti della pubblica amministrazione si deve ugualmente applicare in generale ai diritti politici; fermo intanto l' atto amministrativo, la questione si risolve dall' autorità giudiziaria. [4]

Quello che abbiamo accennato, è soltanto il sistema generale della legge vigente; e non v' è dubbio che segna un vero progresso in questo delicato ed importante argomento — La legge stessa tuttavia sottrae ancora alla giurisdizione ordinaria alcune controversie

[1] *V.* art. 6 ivi.
[2] *V.* art. 6 ivi.
[3] *V.* art. 7 ed 8, ivi.
[4] *V.* art. 39, 42, 75 della *L. sull' amministrazione comunale* del 20 marzo 1865, alleg. *A.* — *V.* art. 31 e 55 della *Legge elettorale* del 17 marzo 1848.

speciali che in via d'eccezione vuole risolte da corpi amministrativi, ossia dal *consiglio di stato* e dalla *corte dei conti*. [1]

§ 33. Tribunali consolari.

La sovranità è territoriale — Eccezione introdotta dagli usi internazionali — Giurisdizione consolare — Consoli e tribunali consolari.

La sovranità nelle attuali condizioni dei popoli, che tengono sede stabile sopra un determinato territorio, assunse pure un carattere *territoriale*. Ma siccome l'esercizio della giurisdizione è una funzione della sovranità, e siccome la sovranità spira alla frontiera dello stato, poichè al di fuori del territorio nazionale si cade sotto l'impero di altra sovranità; così la sovranità di un paese non può far atti di giurisdizione in territorio straniero senza ledere la sovranità del luogo in cui seguirebbero gli atti di giurisdizione.

A questa regola generale gli usi ed i trattati internazionali esistenti derogarono in alcuni paesi, rispetto ai quali la legge e la giurisdizione si considerano come *personali* nel senso che i nazionali, sebbene residenti in paese straniero, sono tuttavia retti delle leggi e soggetti alla giurisdizione del loro paese d'origine. Per il che avviene che in questi paesi i *consolati di Italia* esercitano una giurisdizione civile e penale rispetto agli italiani che vi dimorano.

La giurisdizione consolare è determinata non tanto dalla specialità della materia, quanto dalla distanza

[1] *V.* art. 12 della L. *sul cont. amm.*

in cui si trovano i cittadini dalla madre patria. A troppo gravi sacrifizi dovrebbero sottostare quando si stabilisse pe' cittadini dimoranti all' estero e non soggetti alla giustizia locale la necessità di ricorrere alla giurisdizione dei tribunali sedenti nella stato. Gli è perciò che la giurisdizione civile e commerciale, [1] che nello stato s' esercita dai tribunali ordinari, venne affidata a' *consoli* ed a' *tribunali consolari*. [2]

La giurisdizione consolare non si poteva ordinare sulle stesse basi, su cui è costituita la giurisdizione ordinaria, attese le condizioni particolari de' luoghi in cui deve funzionare. La giurisdizione consolare è affidata in ciascun consolato al *console* e ad un *tribunale consolare*. Il tribunale poi è composto del console o di chi ne fa le veci, il quale ne è il presidente, e di due giudici. [3] A tal fine in principio d' ogni anno il console stesso sceglie fra le persone residenti nel distretto consolare, e preferibilmente fra i nazionali, quel numero di giudici e di giudici supplenti che ravviserà necessario pel buon andamento dell' amministrazione della giustizia, e con apposito decreto fissa il turno di servizio durante l' anno. [4]

[1] Noi non ci occupiamo qui della giurisdizione penale che è pure affidata ai consolati.

[2] *V.* art. 65 della *L. organica sui consolati* del 28 gennaio 1866, n. 2804.

[3] Art. 68 ivi.

[4] Art. 69 della L. sui *consolati*.

§ 34. Pluralità dei tribunali in ordine al territorio.

Sistemi diversi — Sistema di un tribunale unico con sede fissa al centro dello stato — Sistema d'un tribunale unico ambulante — Pluralità dei tribunali con sede fissa nei centri principali dello stato — Legislazione positiva.

Rispetto all' unità o pluralità territoriale dei tribunali si possono imaginare tre diversi sistemi. — Si può dapprima concepire un tribunale unico avente sede stabile in un dato punto del territorio dello stato, a cui debbano ricorrere i cittadini tutti, ovunque abbiano la loro residenza — Si può anche supporre un tribunale unico avente la sua sede ordinaria in un dato luogo, ma reso in certa guisa mobile ed ambulante, obbligato cioè a recarsi in ciascun comune od almeno in ciascun capoluogo di circondario e seder ivi temporaneamente per risolvere le questioni occorrenti — Al tribunale unico si può infine sostituire la pluralità dei tribunali disseminati su tutta la superficie dello stato e costituiti nei centri più popolati e di maggior frequenza d' affari.

Il principio che ne deve guidare nell' apprezzamento di questi diversi sistemi non è che la maggior convenienza civile e politica; poichè in quest' argomento vuolsi evidentemente preferire quel sistema che mentre provvede con maggior sicurezza e celerità alla spedizione di tutti gli affari, sia più facilmente e con minore spesa accessibile ai cittadini che domandano giustizia.

Da ciò si fa manifesto che il primo sistema può appena convenire ad uno stato affatto ristretto ; in uno stato alquanto esteso, anche moltiplicando le se-

zioni del tribunale unico in ragione del bisogno d'una giustizia sicura e spedita, non sarebbe tuttavia possibile, poichè i cittadini, e quelli specialmente che dimorano nei luoghi più lontani, dovrebbero sobbarcarsi per recarsi al tribunale ad incommodi ed a spese tali da superare sovente il valore del diritto controverso: il che equivarrebbe ad una vera denegazione di giustizia.

Nel secondo sistema più non si verifica siffatto inconveniente, poichè, per avvicinare la giustizia al domicilio dei cittadini, il tribunale o frazione di esso andrebbe a cercare i litiganti nei centri principali dello stato — Ma in questo sistema le sedute del tribunale nei singoli luoghi sono naturalmente temporanee; non si possono però sempre colla voluta cura e maturità spedire gli affari tutti che sovente in quantità straordinaria s'affollano, nè si può d'altro canto provvedere in tempo opportuno alle questioni urgenti, che sorgessero nell'intervallo dall'una all'altra sessione dell'ambulante tribunale.

Questa tuttavia è ancora una gran parte del sistema giudiziario in Inghilterra — In ordine all'amministrazione della giustizia l'Inghilterra è divisa in otto compartimenti o circoli: due volte all'anno due giudici od almeno un giudice ed un supplente tolti dalla corte detta *coram rege*, da quella *apud monasterium* e dalla corte dello scacchiere, si recano in ciascun compartimento, [1] ed incaricandosi l'uno della giustizia civile, l'altro della penale, sedono due giorni in ciascuna città capitale della contea, giudicano le controversie in stato d'essere decise, rinviando ad altra sessione od

[1] S'eccettua Londra e tutta la contea di Middlesex che per sua vicinanza alla sede del tribunale non è circolo d'assise.

ai tribunali di Londra quelle che non han potuto spedire in corte d' assise. [1]

Questo sistema è altamente commendato dal Bentham, perchè richiedendo pochi giudici, questi si possono scegliere facilmente fra i migliori giureconsulti e più distinti per ingegno e dottrina — perchè inoltre, essendo pochi possono venir lautamente retribuiti senza troppo aggravio dello stato, ed essendo retribuiti a dovere restano sottratti ad ogni pericolo di seduzione e di corruzione — perchè in fine i giudici non facendo che una temporanea dimora nei luogni dove amministrano la giustizia non contraggono relazioni intime coi cittadini ivi dimoranti, e così resta eliminato anche un nuovo pericolo di parzialità, cui più facilmente si trovano esposti i giudici stabilmente residenti in un dato luogo. [2]

Questo sistema, che lascia sempre in sospeso una quantità di affari per la brevità delle sessioni in ciascun circolo, non può soddisfareai bisognidella giustizia civile [3] — Può convenire all' amministrazione della giustizia penale quando si chiami a pronunciare sulla questione legale un giudice unico permanente col giurì che pronunci sulla questione morale: ma per l' amministrazione della giustizia civile lo crediamo inammessibile, perchè d' un canto in materia civile non offre una guarentigia sicura nel giurì, e dall' altro ci fa perdere la guarentigia della collegialità.

Computando i vantaggi e gli inconvenienti dei due

[1] V. Fischel, *Constitution de l' Angleterre*, I. p. 366, 367. L' idea dei circoli delle assise in Francia ed in Italia per l' amministrazione della giustizia penale fu tolta dal sistema inglese.

[2] Bentham, *De l' organis judic.* ch. VII, p. 44.

[3] V. Bordeaux, *Philos. de la proc. civ.* p. 130.

sistemi che mettono per fondamento dell'ordinamento giudiziario un tribunale unico, è facile il conchiudere in favore della pluralità dei tribunali aventi stabile sede in diversi punti dello stato, poichè così si rende il giudice in ogni tempo ed in ogni luogo facilmente accesibile a tutti i cittadini; condizione questa indispensabile in ogni buon ordinamento giudiziario.

La legislazione positiva diede a buon dritto la preferenza a questo ultimo sistema — Al punto di vista dell'amministrazione della giustizia civile il territorio dello stato è diviso in vari compartimenti, in *distretti* cioè, *circondari*, *mandamenti* e *comuni*. In ogni *comune* vi ha un *conciliatore* [1] — due o più comuni formano il *mandamento* e in ogni mandamento havvi un *pretore* [2] — due o più mandamenti formano il *circondario* ed in ogni circondario siede un *tribunale civile* [3] — due o più circondari formano il *distretto*, ed in ogni distretto siede una *corte d'appello* [4] — infine a tutto lo stato presiede una *corte di cassazione*. [5]

[1] Se per ragione di popolazione o per altre cause un solo conciliatore è insufficente può esserne stabilito un numero maggiore — Art. 27 della *L. sull'ord. giud.*

[2] I comuni più popolati sono invece divisi in più mandamenti — Art. 34 della *L. sull' ord. giud.*

[3] Art. 41 della *L. sull' ord. giud.* — In certi circondari havvi inoltre un tribunale di commercio ed, ove questo non sia stabilito, ne fa le funzioni lo stesso tribunale civile. Art. 41 e 52, ivi.

[4] Art. 64 della *L. sull'ord. giud.*

[5] Art. 122 della *L. sull'ord. giud.*

§ 35. Pluralità dei tribunali in ordine al grado.

Che cosa sia l'appello — L'appello in Roma sotto la repubblica e sotto l'impero — L'appello secondo il diritto canonico — Vicende posteriori — Considerazioni contro l'appello — Vantaggi dell'appello — Legislazione positiva —

L'appello è il diritto di far esaminare da un giudice superiore una controversia già decisa da un giudice inferiore: il che implica la coesistenza di più tribunali gli uni agli altri subordinati in via gerarchica.

La questione adunque della pluralità dei tribunali in ordine al grado dipende dalla soluzione della questione se si debba permettere o non, che sopra una controversia già decisa da un tribunale si possa ancora provocare un'altra o più altre decisioni d'un tribunale diverso; questione che è pregio dell'opera discutere, sebbene in pratica sembri già da antico tempo definitivamente risolta.

Il sistema delle appellazioni sembra aver avuto origine a Roma sotto l'impero. Ai tempi della repubblica non era ammesso l'appello nel senso che abbiamo indicato: poichè ciascun giudice, emanazione diretta del popolo sovrano, pronunciava in primo ed ultimo grado entro i limiti del suo territorio: il che esclude ogni idea di gerarchia giudiziaria — Ad impedire l'abuso e il despotismo del giudice nell'amministrazione della giustizia civile ricorrevasi ad altri rimedi, alla temporaneità dell'ufficio di giudice, alla sua personale responsabilità verso le parti e particolarmente a ciò che chiamavasi *intercessio* — L'*intercessione* rispetto ai giudizi era il diritto di ricorrere ai tribuni, o ad altro magistrato contro l'interdetto pretorio

che favorisse una delle parti a danno dell' altra, o contro la sentenza in giudizio emanata: il tribuno, od altro magistrato uguale in dignità o superiore, esaminava se la formola o la sentenza era irregolare od illegale, e in caso affermativo vi poneva il suo *veto* con cui rimaneva sospesa l' esecuzione del provvedimento. [1]

Quest' ordine di cose si mutò sotto l' impero. L' imperatore riunendo in sè tutti i poteri costituenti la sovranità, dovea pure naturalmente considerarsi come il centro supremo della giustizia. Il che ebbe per conseguenza di ridurre i giudici alla condizione di agenti imperiali gli uni agli altri subordinati con a capo l' imperatore.

Scomparso l' *ordo judiciorum*, e con esso l' *intercessio*, era naturale che sorgesse l' idea dell' appello dalla sentenza del giudice inferiore al giudice superiore: e in fatti si poteva dal giudice infimo, d'appello in appello, portare la cognizione della causa persino al tribunale di Cesare. [2] Da ciò sembra risultare che i gradi d' appello erano tanti, quanti erano i giudici intermedi tra l'infimo ed il sovrano: i quali gradi vennero infine da Giustiniano ridotti a due [3] in guisa che sulla stessa causa non si poteva più oltrepassare la terza instanza.

Il diritto canonico seguì il sistema e le tradizioni

[1] Il che differisce dall'*appello*, poichè nell' appello la sentenza emanata in secondo grado si sostituisce a quella del primo giudice, laddove coll' *intercessio* non si ottiene che un resultato negativo.

[2] *V.* Tit. D. *de appellationibus et rel.* XLIX, 1; e particolarmente le L. 21. 22 eod.

[3] L. unica C., *Ne liceat in una eademque causa tertio provocare etc.* VII, 70.

della giurisprudenza cesarea e distribuì la giurisdizione gerarchicamente tra i funzionari ecclesiastici così che l' appello, permesso sempre qualunque fosse il valore della controversia, [1] come già secondo il diritto romano, [2] si poteva proporre dal giudice inferiore al vescovo, dal vescovo all' arcivescovo, dall' arcivescovo al patriarca e da questo al romano pontefice sinchè s' avessero tre sentenze conformi. [3]

Gli ordini feudali aveano frazionato la sovranità, e per conseguenza la giurisdizione; e la gerarchia giudiziaria corrispondeva per lo più alla gerarchia stessa dei feudi [4] — La giustizia feudale non offriva, e quanto alle prove e quanto alla procedura, le volute guarentigie alla tutela del diritto, che si trovavano nel diritto romano e nel diritto canonico — Gl' è perciò che i principi ben conoscendo che la sovranità si trova là dove c' è l' amministrazione della giustizia, ricorsero all' appello come a strumento morale di conquista politica, e per via delle appellazioni ai tribunali regi dalle decisioni dei giudici signorili seppero a poco a poco far prevalere nel diritto pubblico il principio — *ogni giustizia emana dal re* — che trovasi ancora formalmente enunciato nel nostro statuto politico [5] — principio, che toglieva ai poteri locali ogni sorta di giurisdizione propria per concentrarla

[1] Cap. 11 *de appellat.*

[2] L. 10 § 1 *de appell.* XVIX, 1 — L. 20 C. *de appell.* VII, 62.

[3] Arg. cap. 65 *de appellat.* — Questo non era che il sistema generale, il quale poi sovente era modificato da giurisdizioni speciali, dalle delegazioni, e dal potere supremo del romano pontefice.

[4] *V.* F. Sclopis, *Storia della legisl. in Italia* 1. c. 2 pag. 92.

[5] Art. 68 dello Statuto.

esclusivamente nella corona; e che negli ordini moderni indica ancora che l'amministrazione della giustizia è una funzione eslusiva della sovranità, tanto che non può essere da alcun privato cittadino o da una frazione di cittadini in suo nome esercitata.

Il sistema delle appellazioni fu messo in discussione in Francia all'epoca della prima rivoluzione francese: ma si mantenne saldo contro tutti gli attacchi che gli si dirigevano in nome particolarmente dell' uguaglianza, alla quale sembrava non convenisse la costituzione gerarchica dei tribunali — Il sistema delle appellazioni vittorioso in Francia venne adottato da tutte le posteriori legislazioni. [1]

Chi prende ad esame cotesta istituzione incontra difficoltà a primo aspetto assai gravi — L' appello apre la via a due diversi giudizi davanti due diversi giudici, e conseguentemente a due decisioni sulla medesima controversia: il che se talvolta a nulla giova, tal altra può tornare grandemente nocivo; se la seconda decisione è conforme alla prima, l' appello si palesa inutile; se invece le è contraria, accusa d'inettitudine o di parzialità il giudice di primo grado, scema la fiducia nella bontà e giustizia dell' una e dell' altra sentenza, e getta il discredito sull' autorità giudiziaria in generale — Non si ha, e non si può avere alcun criterio sicuro per poter affermare esservi nella sentenza d' appello maggior certezza di ben giudicato; può anzi accadere invece, che il giudice d' appello *nonnunquam bene latas sententias in pejus reformet; neque enim utique melius pronuntiat, qui no-*

[1] Sull' appello V. SELIGMAN, *Les reformes de la pr. civ.* pag. 235.

vissimus sententiam laturus est:[1] il che dimostra parimente che l'appello è inutile e contiene sempre un pericolo per la giustizia. — L'appello non si dovrebbe permettere quand' anche si potesse aver la certezza che la decisione d' appello offre migliori guarentigie: perchè allora non riunire queste migliori guarentigie nei giudici di primo grado? perchè costringere i contendenti a fare un primo giudizio per poter giungere al tribunale che solo inspira la desiderata fiducia nella bontà e giustizia della sua decisione? — L'appello infine è sempre pernicioso, poichè tiene troppo a lungo in sospeso il diritto controverso, favorisce lo spirito litigioso, moltiplica in somma tutti gli inconvenienti della lite ed aggrava lo stato d'una maggiore ed enorme spesa obbligandolo a costituire e mantenere i tribunali d'appello; nessuno invero potrebbe ravvisare una guarentigia seria ed efficace nell'appello che si portasse davanti un tribunale diverso, ma in grado pari a quello che ha proferito la prima sentenza.

Tali sono in succinto le principali considerazioni che si possono addurre contro il sistema delle appellazioni: a queste tuttavia altre se ne possono contrapporre che ai nostri occhi sono prevalenti — L'appello non deroga sostanzialmente al principio, secondo cui su ciascuna controversia non si deve permettere che un solo giudizio ed una sola decisione giudiziaria; un concetto esatto dell'appello ci conduce a ravvisare in ciascuna controversia un giudizio unico, diviso in due diverse fasi, che si esplicano successivamente davanti due diversi giudici,[2] e che tuttavia hanno termine con

[1] L. 1 pr. *de appellat.* XLIX, 1.
[2] Sebbene la legge dia il nome di *giudice* al giudice unico,

una sola decisione giudiziaria, ossia colla sentenza d'appello. Quel che suolsi chiamare giudizio di primo grado, non è che un semplice esperimento, e la sentenza che vi pon fine, si può quasi equiparare ad un provvedimento temporaneo, poichè una delle parti la può ancora, malgrado l' altra, respingere.

Ben è vero che la sentenza di primo grado può divenire irrevocabile e mandarsi ad esecuzione; ma ciò avviene soltanto per volontà delle parti, le quali siansi alla medesima acquetate espressamente o tacitamente, lasciando per esempio trascorrere il termine utile per appellare. Se però la sentenza di primo grado diventa irrevocabile, non è perchè si ravvisi in essa l'autorità di *cosa giudicata;* ma perchè le parti le hanno attribuito il valore di *cosa convenuta.*

Se tale è il vero concetto che dobbiamo formarci dell' appello, è manifesto che cadono tutte le principali obiezioni ora accennate: solo si può discutere se convenga, prima di dare alla sentenza il carattere di cosa giudicata, sottoporre la controversia a due successivi esami — E noi crediamo dover attenerci all' affermativa, poichè il secondo esame della controversia con nuove e più complete prove, con nuova discussione meglio ordinata reca nuovi e maggiori lumi, e meglio assicura lo scoprimento del vero [1] — Poniamo d' al-

ed il nome di *tribunale* o *corte* ai giudici che pronunciano collegialmente, noi per brevità adopreremo sovente la parola *giudice* in senso più largo per designare cioè ogni autorità giudiziaria.

[1] *V.* Giovanni Bartolucci, *Della cassazione e della terza istanza,* p. 50 — 54 — Modena 1867 — Essendo l'appello la continuazione della stesso giudizio, si spiega il perchè davanti il giudice d'appello si possono produrre nuovi documenti, nuove prove — ***non producta produci, non probata probari possunt.*** —

tro canto che alla sentenza dei primi giudici si attribuisca il valore d' una vera decisione giudiziaria irrevocabile, alle possibili ingiustizie cui si potrebbe anche far luogo per errore o malizia del giudice, più non vi sarebbe riparo. L' appello invece elimina questo tremendo despotismo giudiziario. « L' appello, dice il Bellot, rende il giudice più circospetto, lo preserva dalla leggerezza e dalla precipitazione e in fine allontana i pericoli della seduzione e della parzialità, poichè il giudice di primo grado sa già che l' erronea od ingiusta decisione verrebbe in un secondo giudizio annullata. [1] »

Nè si dica che il pericolo di despotismo dal giudice di primo venga trasferito nel giudice di secondo grado; poichè anche contro l' errore o l' ingiustizia del giudice d' appello vi sono i rimedi straordinari della *revocazione* e della *cassazione.*

La legislazione positiva ordina l' autorità giudiziaria sul principio fondamentale dell' appello dalla sentenza del tribunale inferiore al superiore in via gerarchica — Tutte in generale le cause godono del doppio grado di giurisdizione, ad eccezione di quelle che sono di competenza del conciliatore [2] — Dalla sentenza del pretore in prima instanza l' appello si propone in materia civile ordinaria al tribunale civile, e in materia commerciale al tribunale di commercio, e dove questo non esiste, al tribunale civile come facente funzione di tribunale di commercio [3] — Dalla sen-

[1] Bellot, *Exposé des motifs etc.* p. 241.

[2] Ciò avviene per la tenuità del valore. Ciononostante sono appellabili le sentenze del conciliatore che pronunciano sulla competenza; nel qual caso l' appello si propone al pretore da cui il conciliatore dipende. *V.* art. 83, 456, 458, 459, cod. pr. civ.

[3] Art. 84 - 7° e 85 - 2° cod. pr. civ.

tenza in prima instanza del tribunale civile o commerciale l'appello si propone alla corte d'appello [1] — In ultimo vengono i rimedi straordinari della revocazione per errore di fatto [2] e della cassazione per errore di diritto. [3] —

§ 36. La revocazione e la cassazione.

Errore di fatto — Principio su cui si fonda la revocazione — La revocazione non è un secondo appello e non dà luogo alla creazione d'un nuovo tribunale — Cassazione — Ragioni fondamentali di questa instituzione — Composizione della corte di cassazione — Giudizio di rinvio in seguito a cassazione — Conflitti tra la corte di cassazione e il tribunale di rinvio; modi di risolverli. —

Il *fatto* deve ritenersi irrevocabilmente tale quale venne accertato nel giudizio d'appello — Ora può accadere che il fatto in sè stesso vero sia stato malamente interpretato dal giudice d'appello; in tale caso v'è *errore d'apprezzamento*, o, come più comunemente si dice, *errore di criterio* [4] — Ma può anche accadere che il fatto generalmente creduto vero in sè stesso tale realmente non sia; e in tal caso vi è propriamente *errore di fatto*. [5]

[1] Art. 87 cod. pr. civ.

[2] Art. 89, 434 e seg. cod. pr. civ.

[3] Art. 88, 517 e seg. cod. pr. civ.

[4] Primo per es. propone la *petitio hereditatis* sul fondamento d'un testamento pienamente regolare e valido in cui è instituito erede — Il giudice d'appello male interpretando *la instituzione d'erede* fa luogo alla domanda — Ecco l'errore di criterio.

[5] Se il testamento su cui *Primo* si fonda, e in cui si con-

L' *errore di criterio* non ha e non deve più avere rimedio dopo la sentenza d' appello. Non si può credere che venga emendato dallo stesso giudice d' appello che pronunciò la sentenza, poichè non si può ragionevolmente domandare al giudice la ritrattazione del suo proprio errore; nè si può a giudice diverso ricorrere per un ulteriore apprezzamento del fatto, poichè più non si saprebbe a qual punto stabilire il termine del giudizio; e la lite dovrebbe indefinitamente protrarsi, fintanto cioè che una delle parti pretende aver il giudice erroneamente interpretati i fatti dedotti in giudizio.

Ma l'*errore di fatto* proprianente detto deve essere, come l' errore di calcolo nelle transazioni, [1] corretto; esclusa invero l' esistenza del fatto su cui la sentenza si fonda, si può dire che la vera questione non è ancora stata risolta; e in ogni caso se il giudice avesse conosciuta la verità dei fatti, avrebbe pronunciato diversamente. All' errore di fatto si provvede colla *revocazione* che si propone davanti lo stesso tribunale che ha pronunziato la sentenza impugnata, e possono pronunziare gli stessi giudici. [2]

Ritenuto per vero il fatto quale venne accertato nel giudizio d' appello, salvo, come abbiamo detto, il rimedio della revocazione, può anche accadere che il

tiene chiara a suo favore l' instituzione d' erede, non abbia valore perchè revocato con altro testamento posteriore di cui si ignorasse l' esistenza, l' errore che commette il giudice attribuendo l' eredità all' erede instituito nel primo testamento, è un propriamente detto *errore di fatto*.

[1] Art. 1772 cod. civ.

[2] Art. 498 cod. pr. La sentenza pronunziata in giudizio di revocazione non va più soggetta a revocazione ulteriore. Art. 509 cod. pr. civ.

giudice d' appello non applichi al fatto la regola di diritto che gli si dovrebbe applicare e violi la legge nel merito della controversia, o violi altrimenti le leggi di procedura, o commetta un eccesso di potere — Nell' interesse della giustizia in particolare e della legge in generale deve essere in pronto un rimedio per riparare l' errore di diritto: il quale rimedio si cercò dalle moderne legislazioni nella creazione d' un tribunale supremo, che dall' ufficio suo principale di *cassare*, ossia di annullare le sentenze illegali si chiamò *corte di cassazione.* [1]

La corte di cassàzione procura due immensi benefizii — Evita il despotismo del giudice d' appello, e mantiene in tutto lo stato l' uniformità di giurisprudenza.

L' unità della legislazione è un benefizio che le moderne codificazioni tentano di procurare ai cittadini; ma in questo complesso di leggi ridotte ad unità sistematica non si gettano che i principii generali atti a comprendere una serie indefinita di casi speciali, e raro è che nella legislazione positiva, per quanto accurata e previdente si voglia supporre, non s' incontrino lacune, od almeno disposizioni dubbie od oscure — L' unità di legislazione deve pertanto essere necessariamente completata dall' *unità di giurisprudenza*, affinchè non venga a scomparire il beneficio d' una legislazione unica sotto la giurisprudenza diversa delle diverse corti d' appello, e non si veda la stessa questione risolta in modi diversi da diversi tribunali nel

[1] La corte di cassazione si compone di due sezioni, l' una per le materie civili, l' altra per le materie penali — La nuova legge ha abolito la così detta *sezione dei ricorsi.* (art. 125 della L. *sull' ord. giud.)*

medesimo stato e sotto l' impero delle medesime leggi. [1] Ben è vero che le sentenze della corte di cassazione non hanno che un' autorità dottrinale; ma la corte di cassazione composta qual è di giureconsulti i più illustri, collocata a capo della gerarchia giudiziaria, non può a meno d' esercitare colla saviezza delle sue decisioni e nel foro e nella dottrina la più alta e salutare influenza.

La corte di cassazione mette un freno salutare all' arbitrio del giudice d' appello ed, annullando la sentenza illegale, ne ripara gli errori o le ingiustizie. — Nè si dica che così non si faccia che trasferire ancora una volta il pericolo di dispotismo dal giudice d' appello nella corte di cassazione; poichè la corte di cassazione ha una giurisdizione quasi esclusivamente negativa, esamina cioè se la denunciata sentenza contenga o no una violazione di legge; in quest' ultimo caso rigetta il ricorso, e sorte il suo pieno effetto la sentenza d' appello; nel primo si limita a cassare la sentenza; e poichè, annullata la sentenza la questione rimane insoluta, la corte collo stesso provvedimento con cui annulla la sentenza, per regola generale rinvia la causa ad altro tribunale per essere nuovamente giudicata [2] — Segue da ciò che si evita il dispotismo del giudice d' appello senza cadere contemporaneamente nel despotismo della corte di cassazione.

Quando la corte di cassazione annulla la sentenza, abbiamo detto che in generale rinvia la causa ad un altro tribunale, affinchè pronunci nuovamente sulla

[1] Ciò dimostra che la corte di cassazione deve essere una sola.

[2] Il tribunale di rinvio deve essere uguale in grado a quello che ha pronunciato la sentenza annullata (art 541, 542, 543, 544 cod. pr. civ.)

medesima — Che dovrà dirsi del caso possibile a verificarsi che il tribunale di rinvio non accolga le massime di diritto stabilite dalla corte di cassazione e pronunci invece conformemente all'annullata sentenza?

La risoluzione dell' insorto conflitto non può essere conferita al *potere lesgislativo*. Posto il principio che la legge non dispone che per l'avvenire, [1] ne segue che, fatta la legge, tutte le questioni che sorgono da fatti compiutisi sotto l' impero della medesima, sono di esclusiva competenza dell' autorità giudiziaria; chiamare il potere legislativo a risolvere il conflitto tra la corte di cassazione e il tribunale di rinvio è disconoscere la divisione dei poteri pubblici, [2] ossia la guarentigia principale d'ogni libertà civile e politica.

Suolsi dire che la legge interpretativa si può senza taccia di retroattività applicare ai fatti compiutisi sotto l'impero della legge interpretata, perchè non è una legge nuova e non fa che spiegare il senso d'una legge preesistente la quale già dovea essere osservata. La legge interpretativa nulla toglie e nulla aggiunge alla legge interpretata; solo mette in luce il precetto secondo cui l'insorta questione si deve risolvere — Questa teoria, generalmente accolta nella dottrina, si fonda sopra un equivoco; sullo scambio cioè del vero significato che si deve attribuire al vocabolo *interpretazione* — Interpretare la legge vuol dire afferrarne il senso genuino per applicarlo al caso concreto; nel che deve spaziare liberamente l'abilità

[1] Art. 2 *delle dispos. prel. al* cod. civ. — *Non placet Janus in legibus — Lex non habet oculos retro.* — L. 7 C. *de leg. et const.* I, 14 — *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad præterita facta revocari.* —

[2] *V. sopra* § 8

ed il tatto delle parti e del giudice. — L'interpretazione autentica invece impone forzatamente e al giudice e alle parti una norma giuridica prima ignota; e così viola il diritto della difesa ed usurpa le funzioni dell'autorità giudiziaria. [1]

Se la risoluzione del conflitto non può essere conferita al potere legislativo, tanto meno potrà affidarsi al potere esecutivo od a qualche corpo amministrativo dipendente dal potere esecutivo; sì all' uno e sì all' altro deve essere interdetto di portar la loro mano profana nel tempio della giustizia, e di risolvere una questione giuridica intorno a cui sono divise le opinioni dei più eminenti giureconsulti.

Escluso il potere legislativo e l' esecutivo, non rimane che a cercare il modo di risolvere il conflitto nel seno stesso dell' autorità giudiziaria. A questo scopo non si potrebbe far prevalere la sentenza del tribunale di rinvio, poichè, sebbene sorretto da due decisioni conformi, contradetto tuttavia dalla decisione d' un tribunale superiore, il giudicato non avrebbe d' un canto la voluta morale autorità e toglierebbe dall'altro ogni prestigio alla corte di cassazione.

Un tribunale speciale instituito al solo scopo di risolvere questi conflitti presenta altri non meno gravi inconvenienti sia per la difficoltà della sua composizione, sia per la nuova e maggiore complicazione che porterebbe nel già complicato meccanismo giudiziario, quando non si volesse lasciare al governo la facoltà di comporre il

[1] Il nuovo codice civile italiano tace sulla legge interpretativa: sembra però che abbia abbandonato il sistema del codice civile albertino (art. 16) — *V.* tuttavia sulla *legge interpretativa* F. GABBA, *Teoria della retroattività della legge.* pag. 19, ove sostiene la tesi contraria.

tribunale dei conflitti per ciascun caso speciale; facoltà che sarebbe contraria ai principii fondamentali di ordinamento giudiziario. [1]

Sembra pertanto commendevole l'adottato sistema della *seconda cassazione.* Dalla sentenza del tribunale di rinvio è lecito alle parti di ricorrere nuovamente in cassazione, che in tali casi, in pratica a dir vero assai rari, a *sezioni riunite* pronuncia una decisione, alla quale il tribunale inferiore deve poi uniformare la sua sentenza. [2] Per tal guisa si mantiene alta e rispettata la morale autorità della corte di cassazione, non si complica l'organamento giudiziario, e inoltre colla riunione delle sezioni si procura una maggiore guarentigia in favore della nuova sentenza.

§ 37. La terza istanza E la cassazione nell'interesse della legge.

La facoltà d'appellare non può essere indefinita — Si deve permettere un solo appello — Ragioni in favore d'un secondo appello, ossia della terza istanza — Confutazione di questo sistema — Non si può ammettere il sistema della cassazione nell'interesse esclusivo della legge.

L'idea di concedere alle parti di appellare indefinitamente non merita una seria discussione, poichè finalmente — *debet esse litium finis.* — L'appello indefinitamente concesso somministra al perdente il mezzo di trascinare l'avversario da tribunale in tribunale, e di ritardare a piacimento la sua definitiva

[1] *V. Sopra* § 7

[2] *V* . art. 547 cod. pr. civ.

condanna: il che peggio sarebbe che una recisa denegazione di giustizia.

Esclusa la facoltà indefinita di appellare, quanti gradi d'appello si devono tuttavia permettere? « *Un solo*, risponde Bentham, *irrevocabilmente un solo*; *la decisione deve essere perentoria e metter fine sulla causa ad ogni timore e ad ogni speranza*: [1] la qual risposta, salvi i rimedi straordinari della revocazione e della cassazione, ne pare giustissima.

Se non che in mezzo a queste due sorge una terza opinione, di quelli cioè, i quali pensano che si debba permettere non solo un primo, ma anche un secondo appello, o, come essi dicono, la *terza istanza* almeno nei casi in cui le due prime sentenze siano tra loro difformi. Havvi, si dice, in questi casi un conflitto, e il modo più semplice e razionale di risolverlo quello è di permettere un secondo appello: invece di permettere ancora dopo la sentenza d'appello i due giudizi di revocazione e di cassazione, non sarebbe forse miglior consiglio creare un tribunale di terza instanza, davanti il quale si possa impugnare e per errore di fatto e per errore di diritto la sentenza d'appello? riunendo le due questioni in un solo giudizio non si procura forse maggiore semplicità, maggiore economia di tempo e di spesa? — Che anzi i due giudizi sul fatto e sul diritto sono naturalmente inscindibili; imperocchè dal nuovo esame del fatto può dipendere l'applicazione d'una diversa regola di diritto, e viceversa non si può trattare la questione di diritto senza tener conto del fatto cadente in controversia; la riunione adunque delle due questioni in un solo giudizio meglio che utile, è

[1] Bentham, *De l'organisation judic.* XXVI, 5

necessaria. [1] — In Italia infine il sistema della cassazione unica non è conveniente, poichè, dovunque se ne collochi la sede, per recarvisi dovranno superare e percorrere troppo lunghe distanze i cittadini che trovansi all' estremità della penisola: al quale gravissimo incomodo si provvede coll' instituzione di più tribunali di terza istanza nei centri principali dello stato.

Questa dottrina tanto attraente per la sua semplicità non corrisponde ai bisogni della giustizia. — Non occorre dimostrare l' inutilità, l' inconvenienza della terza instanza nell' ipotesi che le due prime sentenze siano conformi; poichè, quando esse non fossero poi confermate da quella emanata nel giudizio di terza instanza, ci troveremmo nell' alternativa o di negare a quest' ultima ogni valor morale e legale, o di farla prevalere sulle due prime contro la maggioranza dei voti.

Se non che la terza instanza si dice necessaria nell' ipotesi che le due prime sentenze non concordino. — Questa opinione si fonda sopra un falso supposto: da quanto abbiam detto intorno all' appello [2] risulta che maggiore autorità vuolsi attribuire alla sentenza d' appello, emanata dopo un secondo e più accurato esame, da giudici più autorevoli, che non alla sentenza di primo grado, la quale si presenta come un primo esperimento e quasi come una preparazione al vero giudizio. I fautori della terza instanza, invece di far prevalere la sentenza d' appello su quella di primo grado, suppongono esservi conflitto fra le due

[1] *V.* G. Carcano, *Relazione sul quesito: cassazione o terza istanza?* Milano 1866.
[2] *V. sopra* § 35.

sentenze e le mettono tutte e due allo stesso livello, od elevando la prima al grado della seconda, od abbassando questa al grado di quella, falsando in ogni caso l'indole e lo scopo del giudizio d'appello.

La terza instanza offrirà poi migliori guarentigie d'una retta e giusta decisione? non v'è ragione per ciò affermare in senso assoluto; e da questo momento non vi sarebbe parimente ragione di non concedere una quarta instanza, una quinta ecc., ossia di non concedere la facoltà d'appellare indefinitamente — Se poi realmente si potesse ordinare la terza instanza in guisa da offrire una certezza assoluta, od almeno una maggior sicurezza di verità, allora ragion vorrebbe che si eliminasse il giudizio d'appello come inutile e divenisse giudice d'appello il tribunale stesso di terza instanza.

Poniamo ora in ipotesi ammessa la terza instanza, si presenta spontanea la domanda se contro la sentenza di terza instanza si voglia ancora permettere il ricorso per cassazione. In caso affermativo, gli inconvenienti della cassazione accennati dai fautori d'un secondo appello non sarebbero eliminati, ma soltanto ritardati sin dopo la terza sentenza: in caso negativo si farebbero scomparire i benefizi incontestabili della cassazione; i tribunali di terza instanza pronunciando in modo sovrano e senza controllo potrebbero commettere errori od ingiustizie irreparabili, e certo colla difformità di giurisprudenza renderebbero in breve giro di tempo illusoria l'unità di legislazione, salvochè si volesse stabilire un solo tribunale di terza instanza in tutto lo stato.

Non è d'uopo dire che l'indole speciale del giudi-

zio di cassazione non richiede che la corte sia avvicinata al domicilio dei litiganti, come accade negli altri tribunali e come accadrebbe nello stesso tribunale di terza instanza, davanti cui si procede all' accertamento dei fatti ; essendo la cassazione un giudizio straordinario intorno ad una questione di diritto, e non sospendendo l' esecuzione della denunciata sentenza, [1] quando siasi trovato modo di far pervenire senza incomodo alla corte il ricorso in tempo utile si è sufficientemente provveduto alle giuste esigenze dei cittadini — Ben vuolsi osservare non reggere la difficoltà che si deduce dall' inscindibilità delle due questioni di fatto e di diritto ; imperocchè sebbene nel giudizio di cassazione non si rinnovi l' esame e la discussione sui fatti che servirono di base alla sentenza d' appello ; nulla osta tuttavia che, ritenuti i fatti come irrevocabilmente accertati nel secondo giudizio, la corte esamini se ad essi siansi applicate le regole del diritto che si doveano applicare. [2]

La cassazione è instituita più nell' interesse della legge che delle parti contendenti — Se si permette ai litiganti il ricorso per cassazione sembra che la legge con ciò abbia solo voluto spingerli a denunciare alla corte suprema le sentenze illegali — Ciò spiega il perchè la cassazione può essere promossa d' ufficio dal pubblico ministero e perchè la cassazione promossa d' ufficio non giova alle parti. [3]

Allargando il concetto d' una cassazione promossa

[1] Art. 520 cod. pr. civ.

[2] In favore della cassazione e contro la terza istanza V. la dotta monografia, *Della cassazione e della terza istanza* per Giovanni Bartolucci, Modena, 1867.

[3] Art. 519 cod. pr. civ.

d' ufficio, si è proposta da taluno l' abolizione della terza instanza e della cassazione qual è attualmente ordinata, e di sostituirvi una corte di *cassazione nell' interesse esclusivo della legge*, una corte cioè che abbia per esclusivo incarico di cassare d' ufficio le sentenze illegali senza che la cassazione giovi alle parti e al solo scopo di dare una norma di giurisprudenza a tutti i tribunali del regno.

Se la cassazione giova alle parti si comprende come queste per interesse denuncino alla corte suprema le sentenze che credono contrarie alla legge; ma, tolto lo stimolo dei privati, quali saranno le sentenze che prenderà ad esame la corte di cassazione? quelle poche che saranno d' ufficio denunciate dal pubblico ministero; e queste poche saranno giudicate senza il contradittorio delle parti, che colla discussione sostenuta da' più abili giureconsulti tanta copia di lumi recano pure alla stessa corte di cassazione — D' altro canto, cassata d' ufficio la sentenza illegale, si dovrebbe tuttavia con singolare contradizione mantener salda e mandare ad esecuzione la sentenza annullata, per quantunque manifesta sia la violazione della legge. Se ciò può accadere talvolta nel sistema vigente, le parti non hanno a dolersene; se non si sono curati del rimedio che la legge loro concede, *imputent sibi*.

§ 38. Il pubblico ministero.

Necessità del pubblico ministero — Ordinamento del pubblico ministero — Unità gerarchica — Relazioni tra gli ufficiali superiori e gli inferiori — Unità ed indivisibilità del pubblico ministero — Relazioni tra il pubblico ministero e l'autorità giudiziaria — Attribuzioni del pubblico ministero; modo d'esercitarle — Esame critico del sistema.

Assicurata alla magistratura giudicante tutta l'indipendenza necessaria al suo altissimo ufficio, rimane nel resto a procurarne ed a mantenerne la regolarità del servizio conformemente alle leggi, ed a vegliare sugli interessi generali che si possono trovare in pericolo. Il che le moderne legislazioni si propongono di conseguire coll'instituzione d'una magistratura permanente che sotto nome di *pubblico ministero* è, come dice elegantemente il Pescatore, l'*occhio del governo* presso l'autorità giudiziaria.

Gli ufficiali del pubblico ministero, quantunque designati come *funzionari dell' ordine giudiziario,* [1] sono anzitutto rappresentanti del potere esecutivo. [2] Da ciò deriva che, a differenza di quanto abbiam notato rispetto alla *magistratura giudicante,* il cui organamento si fonda sul principio della *pluralità contemporanea* qual s'addice ad ogni corpo deliberante, il pubblico ministero è costituito ed ordinato sul principio dell'*unità gerarchica,* che solo può convenire ad una magistratura essenzialmente attiva.

Il pubblico ministero si compone di *procuratori*

[1] Art. 6 della *L. sull' ord. giud.*
[2] Art. 129 della *L. sull' ord. giud.*

generali del re e di *procuratori del re*, i quali esercitano le loro funzioni o personalmente o col mezzo di sostitnti [1] — Havvi dapprima un *procuratore generale del re* presso la corte di cassazione, ed un *procuratore generale del re* presso ciascuna corte d' appello: i quali, non potendo compiere da soli i molteplici doveri del loro ufficio, sono coadiuvati da' sostituti, che prendono nome di *avvocati generali*, di *sostituti procuratore generale*, di *sostituti procuratore generale aggiunti* — Presso ciascun tribunale civile vi è poi un *procuratore del re* che è pure coadiuvato nel suo uffizio da *sostituti procuratore del re* o da *aggiunti giudiziari.* [2]

Negli affari civili la legge ha creduto conveniente prescrivere come necessaria la presenza d' un ufficiale del pubblico ministero, quando la causa civile si tratti all' udienza d' un tribunale civile, o d' una corte d' appello o infine della corte di cassazione, [3] e non quando la questione sia deferita al giudizio degli *arbitri*, dei *conciliatori*, dei *pretori* od al giudizio dei *tribunali di commercio* — In materia penale per contro l' intervento del pubblico ministero è indispensabile presso tutti i giudici, tribunali o corti che esercitino una giurisdizione penale, per la ragione che nel penale giudizio il pubblico ministero è, come vedremò, parte principale, sostiene cioè le parti d' attore. Vi son dunque rappresentanti del pubblico ministero presso le preture, [4] presso i tribunali militari

[1] Art. 130 della *L. sull' ord. giud.*
[2] Art. 130 della *L. sull' ord. giud.*
[3] Art. 141 della *L. sull' ord. giud.*
[4] Le funzioni del P. M. presso le preture sono esercitate

terrestri e marittimi,[1] ed anche presso il senato del regno quando è chiamato ad esercitare una giurisdizione penale.[2]

Gli ufficiali inferiori del pubblico ministero fanno capo al procuratore del re; i procuratori del re a lor volta fanno capo al procuratore generale del re; e i procuratori generali del re sono sotto la dipendenza immediata del ministro della giustizia, al quale spetta la suprema direzione e sorveglianza.[3] — In virtù di questa *suprema sorveglianza* il ministro della giustizia esercita un *potere disciplinare* su tutti gli ufficiali del pubblico ministero, che può ammonire, cen-

da *aggiunti giudiziari*, da *uditori*, da *vicegiudici*, da *delegati di pubblica sicurezza*, dal *sindaco del comune*, *vice sindaco* o da altro *consigliere municipale* ed anche dal *segretario comunale*. (Art. 132 della *L. sull' ord. giud.*)

[1] *V.* art. 280, 325 - 328 cod. pen. milit. — *V.* L. 4 marzo 1848 sulla guardia nazionale — *V.* R. Editto sulla marina militare, 18 luglio 1826 — Presso i tribunali consolari il console fa le parti di pubblico ministero, e di giudice d' istruzione, *V.* art. 115 - 153 della L. *sui consolati* in data 28 gennaio 1866, numero 2804.

[2] Da chi debbano essere esercitate le funzioni del pubblico ministero presso il *senato del regno* nulla dispone la legge. Il senato ha tre specie ben distinte di giurisdizione penale: 1°. conosce dei *crimini* di alto tradimento e di attentato alla sicurezza dello stato (Art. 36 dello statuto), e in ciò è un' *alta corte di giustizia* — 2° conosce dei *reati* imputati a suoi membri (art. 37 dello statuto), e allora si può dire una vera *corte di pari* — 3° giudica i ministri accusati dalla camera dei deputati (art. 36 e 47 dello statuto), e allora fa propriamente le funzioni d' un *alto giurì nazionale* — In quest' ultimo caso le funzioni del P. M. sono esercitate da *commissari della camera*, che essendo padrona dell' accusa potrebbe ritirarla anche pendente il giudizio, mentre si sa che il pubblico ministero, dopo promossa l' accusa, non può più recedere.

[3] Art. 129, 243 della *L. sull' ord. giud.*

surare, sospendere od anche rimuovere dall'ufficio. [1] — In virtù della suprema direzione il ministro della giustizia si mantiene in relazione diretta col procuratore generale del re, al quale trasmette gli ordini e le istruzioni che meglio valgano ad assicurare il servizio dell'instituzione.[2] — Quelle relazioni stesse che esistono tra il ministro della giustizia ed il procuratore generale del re, si riproducono poi tra questo e gli ufficiali inferiori del pubblico ministero: il procuratore generale ha parimente un potere direttivo e disciplinare sui membri del suo ufficio, sui procuratori del re del suo distretto e sugli ufficiali da questi dipendenti; e infine i procuratori del re hanno anche la direzione e la sorveglianza su tutti gli ufficiali del pubblico ministero del loro circondario. [3]

Quest' unità di direzione e d'azione fa sì che gli ufficiali del pubblico ministero, sebbene nell'esercizio delle loro funzioni esprimano le loro opinioni individuali, in fatto tuttavia non sono che l'organo, per così dire, impersonale dell'intiera instituzione.

Le attribuzioni del pubblico ministero secondo la legislazione vigente sono di vegliare all'osservanza delle leggi d'ordine pubblico; alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello stato, dei corpi morali e delle persone che non abbiano la capacità giuridica, provocando a quest'uopo nei casi d'urgenza i necessari provvedimenti conservativi. — In materia penale esercita la polizia giudiziaria, promuove l'azione penale, sostiene l'accu-

[1] Art. 243, 244 ivi.
[2] Art. 129 ivi
[3] Art. 146, 215, 242 della *L. sull'ord. giud.*

sa e fa eseguire i giudicati conformemente alle leggi —[1] All' autorità giudiziaria è riservato esclusivamente il giudizio su tutte indistintamente le controversie giuridiche.

Da ciò si fa palese che il pubblico ministero e l'autorità giudicante serbano piena e reciproca indipendenza — Gli ufficiali del ministero pubblico non possono esercitare alcuna diretta censura sull'autorità giudicante; e, quando si tratti di rappresentanze per osservanza delle leggi o dei regolamenti, o per oggetti relativi al servizio o alla disciplina, devono richiedere la deliberazione dell'assemblea generale a termini di legge[2] — Viceversa l'autorità giudicante non può esercitare alcuna censura sugli agenti del pubblico ministero, salve solo le attribuzioni del presidente per la polizia dell'udienze; e se gli ufficiali del pubblico ministero si dipartissero dai doveri della loro carica od altrimenti ne compromettessero l'onore, la delicatezza o la dignità, potrebbe solo rivolgersi al superiore da cui dipendono.[3]

Quanto al modo con cui il pubblico ministero esercita le sue funzioni, nei giudizi penali procede necessariamente per via d'azione e di conclusioni motivate:[4] nei giudizi civili invece può chiedere facoltà di parlare ed esporre il suo avviso in tutti gli affari che si trattano nelle pubbliche udienze ogni qual volta lo creda conveniente nell'interesse della giustizia;[5] come parimente deve dare il suo parere sempre quan-

[1] Art. 139, 144 della *L. sull'ord. giud.*
[2] Art. 149 della *L. sull'ord. giud.*
[3] Art. 245 della *L. sull' ord. giud.*
[4] Art. 139, 140 della *L. sull'ord. giud.* — Art. 42 *in* f. cod. pr. pen.
[5] Art. 140 in f. della *L. sull'ord. giud.*

do sia richiesto o per legge [1] o dalla stessa autorità giudicante, [2] senza che, ben inteso, questo parere vincoli in alcun caso la libertà del giudice.

Tale è l'ordinamento di questa moderna [3] ma utilissima e necessaria instituzione — Il pubblico ministero, che fu già detto l'*uomo della legge* e *l'oratore della patria*, è la sentinella avanzata che veglia incessantemente al mantenimento dell'ordine legale, pegno di sicurezza ai buoni, argomento di terrore ai tristi, protettore del debole, freno ai soprusi dei potenti — Ma perchè possa rimovere ogni ostacolo al compimento del suo difficile e sovente ingrato ufficio, gli deve essere assicurato, come nell'ordinamento attuale, il prestigio e la forza rispondente al fine della sua instituzione.

Si è sollevata a' nostri giorni una specie di reazione contro il pubblico ministero. Si dice troppo elevata la sua posizione; esorbitante il potere di cui è investito; nuova spada di Damocle continuamente sospesa sulla magistratura giudicante ; pericolosa minaccia alla sua indipendenza.

Noi teniamo che molte utili innovazioni si possano recare all'ordinamento del pubblico ministero. Teniamo che gli si possa togliere l' obbligo d' assistere a tutte le udienze delle corti e tribunali nelle cause civili; che debba essere incaricato delle parti d'attore o di convenuto nelle cause civili riguardanti i diritti dello stato; che non gli si debba imporre l'obbligo di intervenire d' ufficio e di conchiudere nelle cause civili dei corpi morali e delle persone che non abbiano la piena capacità giuridica, limitando il suo

[1] *V.* art. 318, 346, 505, 801, 843, 876, 915 cod. pr. civ.
[2] Art. 346 in f. cod. pr. civ.
[3] I *rationales*, o *procuratores cæsaris* non ci danno anco-

còmpito a procurare che queste persone siano in giudizio legalmente rappresentate.

Il pericolo che il pubblico ministero comprometta l'indipendenza della magistratura giudicante è più imaginario che reale, se si pon mente ai limiti per legge assegnatigli e specialmente alle disposizioni che reggono la nomina e le promozioni dei giudici, ed alla guarentigia dell'*assemblea generale* ai giudici assicurata in fatto di disciplina [1] — Ad ogni modo saremmo disposti, quando tuttociò si reputasse insufficiente, ad accettare tutte quelle altre guarentigie migliori, che valgono ad assicurare al giudice la più intiera libertà di giudicare.

Quel che vogliamo si è che non venga offuscato il prestigio nè sminuita la forza di questa instituzione, tutrice indispensabile dell' ordine legale; chè altrimenti diverrebbe impotente al suo fine e particolarmente inetta a sostenere efficacemente a nome della società l' accusa nei giudizi penali.

§ 39. Funzionari inferiori dell' ordine giudiziario.

Cancellieri — Segretari — Uscieri.

Gli atti che si compiono davanti l' autorità giudiziaria sono per le conseguenze loro talmente importanti, che non possono essere abbandonati alla labile memoria del giudice e delle parti — Di questi atti, e specialmente delle sentenze, si deve conservare memoria autentica, affinchè ogni interessato vi possa ri-

ra l' idea del pubblico ministero. *V* Tit. C. *ubi causæ fiscales*, III, 26.

[1] *V sopra* § 28.

correre, e resti esclusa la possibilità di rinnovare atti già legalmente compiuti e controversie già definitivamente decise.

A questo scopo tendono appunto le *cancellerie* instituite presso ogni autorità giudicante [1] — I *cancellieri*, o quelli che ne fanno le veci, sono pubblici ufficiali con firma legalmente riconosciuta nei limiti delle funzioni loro assegnate dalla legge — Assistono l' autorità giudiziaria in tutti gli atti ai quali procede contrassegnando le firme dei giudici; [2] redigono gli atti giudiziari, ricevono gli atti pubblici concernenti il loro ufficio; eseguiscono infine le registrazioni degli atti, li conservano in deposito e ne rilasciano gli estratti e le copie a termini delle leggi di procedura. [3]

Presso ciascuno uffizio del pubblico ministero havvi un segretario — I *segretari* del pubblico ministero, che differiscono dai cancellieri in ciò particolarmente che non esercitano funzioni in titolo proprio, hanno per incarico di sopraintendere alla segreteria dell' ufficio; d' assistere il capo in tutti quegli atti, nei quali la legge richiede il loro intervento, e di compiere quelle funzioni che vengono loro delegate dal medesimo, o da chi ne fa le veci. [4]

Fra i funzionari inferiori dell' ordine giudiziario voglionsi infine accennare anche gli *uscieri*, che insti-

[1] Art. 152 della *L. sull' ord. giud.*

[2] Art. 53 cod. pr. civ. — Art. 153 della *L. sull' ord. giud.*

[3] Art. 153 della *L. sull' ord. giud.* — *V.* particolarmente gli art. 53, 55, 158, 159, 167, 177, 178, 184, 219, 227, 247, 360, 362, 588, cod. pr. civ.

I Cancellieri presso le corti ed i tribunali possono essere coadiuvati da un *vicecancelliere* o da *vicecancellieri aggiunti* (Art. 152 della *L. sull' ord. giud.*)

[4] Sono coadiuvati da *sostituiti segretari* e da *sostituiti se-*

tuiti presso ogni autorità giudicante in numero proporzionato alle esigenze del servizio, [1] sono incaricati di fare le notificazioni, le intimazioni, [2] i pignoramenti, [3] i sequestri, [4] che occorrono per iniziare o continuare il giudizio, o per eseguire il giudicato; e di compiere tutti quegli altri atti ed uffici che sono determinati dai regolamenti o da particolari istruzioni. [5] — Gli uscieri sono pubblici ufficiali con firma parimente riconosciuta nei limiti delle loro attribuzioni, che geograficamente s'estendono quanto s'estende la giurisdizione territoriale dell'autorità giudiziaria cui sono addetti. [6]

§ 40. La giustizia gratuita.

Gratuità della giustizia rispetto ai funzionari dell'ordine giudiziario — Si devono porre agli stipendi dello stato — Non deve essere gratuita rispetto ai litiganti: pericoli da evitarsi — Gratuito patrocinio dei poveri — Sistema sardo — Sistema italiano. —

Circa l'odinamento giudiziario si è sollevato un quesito che merita la nostra attenzione: si tratta di vedere se l'amministrazione della giustizia debba essere *gratuita*. Il qual quesito si presenta sotto due principali aspetti, sotto l'aspetto dei *funzionari dell'ordine giudiziario* e sotto l'aspetto delle *parti contendenti*.

Quanto ai *funzionari dell'ordine giudiziario*, non è d'uopo dire la loro opera non può essere gratuita:

gretari aggiunti (art. 165, 166 della *L. sull'ord. giud.*)

[1] Art. 173 della *L. sull'ord. giud.*

[2] Art. 40, 41, 132, 367 ecc. cod. pr. civ.

[3] Art. 593, 606 cod. pr. civ.

[4] Art. 930 cod. pr. civ.

[5] Art. 174, 177 della *L. sull'ord. giud.*

[6] Art. 175 della *L. sull'ord. giud.*

ragioni di convenienza politica, ragioni di equità e di giustizia richiedono che sia retribuito il loro ufficio. — La gratuità delle funzioni pubbliche ripugna all' uguaglianza civile e politica, e crea il privilegio a favore dell' aristrocrazia della ricchezza, non sempre fornita di quelle virtù che più sovente accompagnano l' aristocrazia del sangue — Se le pubbliche funzioni sono gratuite, si fa palese che potranno esservi chiamati soltanto quelli che per censo sono in grado di sopperire ai bisogni di sè e della famiglia; e che in conseguenza rimarranno innesorabilmente esclusi quelli cui tocca ritrarre dalla loro opera personale il proprio sostentamento, quantunque e per ingegno e per dottrina e per abilità siano da preferirsi — I cittadini inoltre, che per loro personali virtù furono reputati degni di essere elevati all' alto ufficio di giudice o ad altra carica pubblica, rendono un servizio necessario allo stato; la giustizia, non meno che l' equità, richiede che loro sia retribuito un giusto compenso.

La questione adunque si riduce a vedere se i funzionari dell' ordine giudiziario debbano essere retribuiti dallo stato, ovvero dai litiganti. E sebbene sembri a tutta prima che il peso della giustizia debba andare a carico di quelli che promovendo il litigio sono causa diretta delle spese giudiziarie; teniamo tuttavia di gran lunga preferibile il sistema che pone i funzionari dell' ordine giudiziario agli stipendi dello stato — Imperocchè, se l' amministrazione della giustizia è uno dei precipui doveri dello stato, la costituzione dei tribunali, che ne è la logica e necessaria conseguenza, si è fatta e si mantiene nell' interesse pub-

blico; e ragion vuole che la spesa sia messa a carico dello stato, ossia di tutti i cittadini in generale — Sarebbe inoltre aprir troppo facile l'adito a tentativi pericolosi di corruzione, e certamente mal si provvederebbe al decoro del giudice e degli altri funzionari, obbligandoli a ricevere il loro salario dalle mani stesse di quelli a cui sovrastano e fra cui devono come giudici pronunziare.

Esaminando il quesito dal lato delle parti contendenti, non può parimenti la giustizia essere assolutamente gratuita. Sembra cosa conveniente ed equa assoggettare i litiganti alle spese dei singoli atti giudiziari, sia perchè questi atti in sostanza si compiono nel loro quasi esclusivo interesse, sia perchè si deve allontanare dal tribunale lo spirito litigioso; nel sistema d'una gratuità assoluta anche i più alieni dalle lotte giudiziarie vorrebbero per ogni minimo dubbio provocare una decisione del giudice — Un'imposta sugli atti giudiziari non è dunque soltanto equa, ma opportuna.

In quest'argomento tuttavia non si potrebbe approvare l'opinione di quelli che credono doversi mettere tasse elevate adoprandole come mezzo più idoneo ad impedire la frequenza delle liti; sarebbe un rimedio peggiore del male il rendere la giustizia possibile solamente per quelli che possono pagare — Ma sembra doversi ugualmente respingere l'opinione di quelli i quali pensano che un'imposta qualunque sugli atti giudiziari sarebbe un assurdo, per cui ad una sventura si verrebbe ad aggiungere una sventura maggiore [1] — Una tassa moderata evita gli inconvenienti

[1] Bentham, *Traité des preuves judiciaires* - II, p. 406.

delle due opposte opinioni. [1]

Ciò non ostante vogliamo che il tribunale sia sempre a tutti indistintamente i cittadini accessibile, al più ricco come al più povero — A che varrebbe avere facoltà dalla legge di ricorrere al tribunale, quando le porte ne fossero assolutamente chiuse per chi non potesse pagare le spese del giudizio?

A questo benefico ed umanitario scopo, di far sì che la giustizia diventi una realtà per tutti, pel debole come pel potente, negli antichi dominii di Casa Savoia eravi un' instituzione sotto nome di *ufficio dell' avvocato* e di *procuratore dei poveri,* di vetustissima origine, le cui attribuzioni consistevano nell' assumere la gratuita clientela di quelli che assistiti almeno apparentemente in diritto non si trovavano in grado per difetto di mezzi economici di sostenere il giudizio. [2] — Era una specie di *pubblico ministero* instituito, non più nell' interesse dello stato, ma nell' interesse immediato dei cittadini che non potessero in giudizio agire od altrimenti difendersi — La gratuita clientela esercitata a nome dello stato faceva vie meglio spiccare l' imparzialità e la santità della sua giustizia; e bello era il vedere, specialmente nei giudizi penali, da una parte il *pubblico ministero* reclamare in nome dello stato tutto il rigore della legge sull' accusato, e dall' altra l' *avvocato dei poveri* in nome parimente dello stato assumerne con coraggio e disinteresse la difesa.

La legislazione italiana modificò questo siste-

407. — Bellct, *Exposè des motifs* p. 117.

[1] Sulle imposte giudiziarie *V.* Regnard, *De l' organ. jud. et de la proc. civ.* n. 262-281.

[2] *V.* art. 177 e 178 della *L. sull' ord. giud.* del 13 no-

ma. [1] Il patrocinio gratuito dei poveri divenne nella nuova legislazione un ufficio onorifico e per legge obbligatorio della classe degli avvocati e dei procuratori. Presso ogni corte o tribunale civile o correzionale è costituita una *commissione pel gratuito patrocinio*, [2] la quale ammette al beneficio della gratuita clientela i petenti, cittadini e stranieri, [3] che riuniscono le condizioni dalla legge prescritte, [4] per qualunque giudizio penale, civile, commerciale o d'altra giurisdizione contenziosa ed anche per gli affari di volontaria giurisdizione. [5] — Decretata l'ammessione al gratuito patrocinio, ha luogo la destinazione del difensore officioso, [6] che deve trattare la causa secondo la propria scienza e coscienza e sotto la sorveglianza del pubblico ministero [7] — L'ammessione al patrocinio procura a chi vi è ammesso la gratuita difesa, la spedizione gratuita degli atti giudiziari od amministrativi occorrenti, l'inserzione gratuita degli atti necessari nei giornali incaricati delle pubblicazioni giudiziarie, l'anticipazione di tutte le spese del pubblico erario e infine l'annotazione a debito delle tasse di registro e carta non bollata a tenore delle leggi in vigore, salva tuttavia la ripetizione o dal beneficato in caso di vittoria o dalla parte avversaria condannata nelle spese. [8]

vembre 1859 n. 3781, che avea riordinato anche questo ramo del pubblico servizio.

[1] V. R. Decreto 21 novembre 1865, n.º 2627.

[2] Art. 1, 2, ivi.

[3] Art. 8, ivi.

[4] Art. 9, ivi — Le condizioni d' ammessione sono due: lo stato di povertà e la probabilità dell'esito favorevole dellacausa.

[5] Art. 3, ivi.

[6] Art. 19, ivi.

[7] Art. 25. ivi.

[8] Art. 6, ivi.

Il gratuito patrocinio, come si vede, non è più un ufficio pubblico; la legge richiama il ministero degli avvocati e dei procuratori in un' opera così umanitaria; e noi confidiamo che non indarno avrà la legge fatto appello alle persone del foro, che a nessuno la cedono nell' amore del bene e della giustizia.

GIURISDIZIONE CIVILE

TITOLO I.

NOZIONI GENERALI

§ 41. Giurisdizione e competenza.

Giurisdizione — Giurisdizione contenziosa e volontaria — Giurisdizione piena e meno piena — Giurisdizione propria, delegata e prorogata — Competenza — Competenza *per materia* e competenza *per territorio* — Importanza dello argomento.

La *giurisdizione* è l'autorità di cui il giudice è investito, di dichiarare il diritto fra le parti contendenti conformemente alle norme dalla legge prescritte *intorno ai giudizi.* [1] Sebbene questo sia il significato proprio del vocabolo, sovente tuttavia s'adopera anche per designare quel potere che in molti casi il giudice esercita *senza giudizio*, o, *fuori giudizio* — La qual ultima specie di giurisdizione chiamasi generalmente *volontaria* o *graziosa* [2] per distinguerla dalla prima che prende nome di *giurisdizione contenziosa.* [3]

[1] Dal latino — *jurisdictio* — dire il diritto.

[2] Molti sono i casi in cui si fa luogo alla *giurisdizione volontaria;* il giudice esercita una giurisdizione volontaria quando per es. autorizza la donna maritata a stare in giudizio (art. 136 cod civ); quando costituisce o presiede il consiglio di famiglia (art. 249, 251 cod. civ.); quando riceve gli atti di emancipazione (art. 311 cod. civ.); quando assiste all'apertura d'un testamento segreto (art. 915 cod. civ.) ecc.

[3] Da alcuni si dice *giurisdizione contenziosa* quella che

La giurisdizione si distingue in *piena* e *meno piena*. Chiamasi *piena* la giurisdizione che comprende e l'autorità di giudicare — *jurisdictio* — e l'autorità di far eseguire il giudicato — *imperium*. — I tribunali ordinari, per esempio i tribunali civili, hanno una giurisdizione piena, e i tribunali eccezionali, per esempio i tribunali di commercio, hanno una giurisdizione meno piena.[1] L'ufficio del giudice investito di giurisdizione meno piena termina colla sentenza definitiva; quello invece del giudice con giurisdizione piena s'estende inoltre a tutti i provvedimenti che ne concernono l'esecuzione.[2]

La giurisdizione infine è *propria*, *delegata* e *proro-*

dal giudice s'esercita *inter nolentes*, e *volontaria* quella che s'esercita *inter volentes* — Questo modo di dire sembra meno appropriato a dare un esatto concetto della giurisdizione contenziosa e volontaria; poichè è men vero che la prima s'eserciti sempre malgrado i contendenti, e l'altra conformemente alla volontà di quelli che vannovi soggetti.

[1] In certi casi possono pronunciare nei giudizi d'esecuzione anche i *tribunali di commercio* (art. 570-2° cod pr. civ.); i *pretori* parimente nei limiti della loro competenza hanno giurisdizione piena ed i *conciliatori* hanno giurisdizione meno piena (art. 570-3° cod. pr. civ.)

[2] *V.* art. 570, 571 cod. pr. civ. — La *jurisdictio* comprende in se la *notio*, ossia il potere di ordinare gli atti di istruzione opportuni; la *vocatio*, ossia il potere di far intervenire in causa quelli, la cui presenza sia utile alla giustizia; la *coercitio*, ossia il potere di far rispettare l'ordine e la dignità dell'udienza (L. 5. § 1 *de officio ejus, cui mand.* I, 21; L. 19 *de offic. præsid.* I, 18; L. 1 pr. *si quis jusdicenti non* etc. II, 3 « *Omnibus magistratibus... concessum est jurisdictionem suam defendere penali judicio;* »); comprende infine il *judicium*, ossia la facoltà di giudicare — Il giudice investito di giurisdizione meno piena è pure investito di tutti questi poteri. *V.* L. 2 *de iurisd.* II, 1 — *cui jurisdictio data est, ea quoque concessa videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest.* —

gata. Propria quella che il giudice esercita in ragione del proprio ufficio; *delegata* quella che l'esercita per delegazione avuta da colui che ha giurisdizione propria; *prorogata* quella che al giudice conferisce la volontà delle parti contendenti. [1] Fra la giurisdizione propria e la delegata passa questa differenza che la prima si può delegare nei casi stabiliti dalla legge[2] e la delegata non si può più suddelegare. [3] Parimente non si può la giurisdizione prorogare se non nei casi dalla legge permessi. [4]

Determinato il concetto di giurisdizione, è agevole comprendere che cosa s'intenda per *competenza.* La giurisdizione è il *potere* del giudice; la competenza è la *misura* di questo potere. [5] Tutti i giudici unicamente perchè tali, sono investiti di giurisdizione; ma la giurisdizione dei diversi giudici non è illimitata, e i limiti della giurisdizione di ciascun giudice ne determinano appunto la competenza.

L'idea di competenza suppone naturalmente la coesistenza di più tribunali fra cui sia in una data misura distribuita la giurisdizione, misura che si deduce o dalla *materia* su cui si esercita,[6] o dal *territorio*

[1] È per es. *prorogata* la giurisdizione che le parti conferiscono al giudice colla rinuncia espressa o tacita alla declinatoria del foro — (*V.* art. 187 in f. cod. pr. civ.)

[2] Art. 68 cod. pr. civ.

[3] L. 5 pr. *de offic. ejus, cui mand.* I, 21 « *Mandatam sibi jurisdictionem mandare alteri non posse, manifestum est.* »

[4] Art. 69 cod. pr. civ.

[5] BONCENNE, *Theorie de la pr. civ.* INTR. c. 6 « *La juridiction est le pouvoir du juge; la competence est la mesure de ce pouvoir.* »

[6] La competenza per valore è parificata alla competenza per materia.

in cui s' esercita la giurisdizione, ovvero dalla *materia* e insieme dal *territorio*, come avviene nel sistema vigente. Di quì sorgono due sorta di competenza; *competenza per materia* e *competenza per territorio*, che gli antichi interpreti chiamavano competenza *ratione personæ*.

La prima deriva dalla distribuzione della giurisdizione fatta dalla legge fra i tribunali di diversa specie o di diverso grado. Così, quando, data una causa, si domanda se per essa sia competente il pretore od il conciliatore, il tribunale civile od il tribunale di commercio o la corte d' appello ecc. si cerca quale sia il giudice competente per materia. — La seconda deriva dalla distribuzione della giurisdizione fatta fra i tribunali della medesima specie e del medesimo grado. Così parimente, dato che per una causa sia per materia competente il pretore od il tribunale civile, quando si domanda quale fra i molti pretori, quale fra i molti tribunali civili sparsi sulla superficie dello stato sia competente, si cerca il giudice competente per territorio.

Le questioni di competenza sono in pratica molto frequenti; laonde importa assai il scegliere nei singoli casi il giudice realmente competente per non esporsi al pericolo di vedersi annullato il procedimento coll' obbligo di sottostarvi alle spese.

La legge nel distribuire la giurisdizione fra i diversi tribunali prende per guida principale la natura ed il valore delle azioni. Prima adunque di por mano all' argomento ragioni di metodo ci consigliano di esporre brevemente la teoria delle *azioni civili*, nonchè le regole con cui si determina il valore di esse.

§ 42. Natura ed importanza dell'azione civile.

Definizione dell'azione giudiziaria civile — Confronto colla definizione giustinianea — L'azione è ad un tempo un diritto ed un mezzo — Differenze tra il diritto e l'azione — Necessità dell'azione per poter invocare la protezione della autorità giudiziaria — Diritto romano — Legislazione moderna.

Il diritto, anche quando è dalla legge riconosciuto, rimarrebbe allo stato d'un' astrazione giuridica, e non gioverebbe a nulla quando non fosse accompagnato da una sanzione legale, per cui, in caso che venga disconosciuto o violato, se ne possa chiedere od ottenere la tutela o la reintegrazione. E fra le diverse sanzioni la prima e sola che possa corrispondere ai bisogni della giustizia è *l'azione giudiziaria* — Laonde con ragione le azioni furono da taluno chiamate *diritti sanzionatori*; [1] e per vero *l'azione* nel senso legale e proprio si può definire « il diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria e di ottenere per via d'un giudizio la tutela od il ristabilimento d'un diritto disconosciuto o violato. »

Con questa definizione pienamente s'accorda quella trasmessaci dalla legislazione romana — *actio nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio quod sibi debetur* — [2] Certamente se colle parole *quod sibi debetur* si vuole alludere soltanto alle *obbligazioni*, la non si potrebbe quest' ultima come definizione generale accettare; ma se s'intende, come si può e teniamo si debba intendere, in senso più largo la definizione giustinianea più non sarebbe meritevole di censura, poichè quello che è *no-*

[1] Blondeau, *Chrestomathie* I, p. 166.
[2] Pr. I, *de action.* 1 IV. 6.

stro e cho da altri si pretendo o si ritiene, ne è parimente *dovuto*, così che l' azione in tal senso si verrebbe ad estendere ad ogni sorta di diritti. [1]

La data definizione ci dispensa dall' entrare nella discussione che da alcuni si solleva, se l' azione sia un *diritto*, ovvero un *mezzo* per far valere il diritto. [2] La azione è ad un tempo un diritto ed un mezzo; considerata in sè stessa è un *diritto* nuovo ed accessorio al diritto, che tende a proteggere; considerata in relazione a quest' ultimo, è un mezzo per farlo valere in giudizio.

Segue da ciò che il diritto e l' azione non si possono insieme confondere. In quella maniera stessa che l' accessorio non può esistere senza il principale, l' azione non può esistere senza il diritto ; per contro il diritto può esistere quantunque non munito di azione. Di più : dal momento che esiste il diritto si può almeno nella massima generalità dei casi liberamente esercitare ; l' esercizio dell' azione invece non può aver luogo prima che sia intervenuto un fatto con cui siasi disconosciuto o violato il diritto — Ma vuolsi notare che non ostante queste notevoli differenze tra il diritto e l' azione, vengono sovente i due vocaboli adoperati promiscuamente.

Essendo l' azione il mezzo legale per far valere in giudizio il diritto, è palese che non si può con effetto ricorrere alla protezione dell' autorità giudiziaria se non quando il diritto sia stato dalla legge munito d'azione. [3]

Nel sistema della legislazione romana non si po-

[1] Maynz, *Élements de droit romain* - § 136.
[2] M. Berriat-Saint-Prix, *Cours de procedure civ.* I, p. 73.
[3] Pescatore, *Sposizione compendiosa ecc.* p. 122.

teva da principio invocare la protezione dell'autorità giudiziaria, se non rispetto a quei diritti per cui il *jus civile* avesse introdotto espressamente l'azione. Moltiplicatesi col progresso del tempo le relazioni giuridiche, e divenute insufficienti ai nuovi bisogni le poche e primitive azioni del *jus civile*, non si mutò il principio, ma vi si provvide colle *azioni pretorie*. Il pretore sull'instanza dell'interessato e in contraddittorio dell'avversario emanava un *interdictum*, a cui doveano le parti ottemperare, e in difetto dava all'interessato un'azione conformemente all'interdetto e rinviava per la risoluzione della questione le parti in giudizio. Nuove azioni vennero più tardi introdotte da alcune leggi, da alcuni senatoconsulti e dalle costituzioni imperiali, che rispondevano ampiamente a tutti i bisogni della pratica.

Che anzi non solo era di rigore l'azione, ma anche la forma con cui l'azione si dovea proporre — Nel primo sistema di procedura detto —*per legis actiones* —l'azione dovea essere proposta nei precisi termini con cui l'avea concepita la legge, sotto pena di perdere la lite [1] — Nel sistema succeduto di procedura — *per formulas* — si era smesso questo eccessivo rigore; ma la formola dell'azione dovea pur sempre essere domandata al pretore [2] — Infine nella procedura —*per extraordinaria judicia* — cessò l'obbligo di doman-

[1] N'abbiamo un esempio celebre in *Gaj.*, *Comm.* IV, 11. *Unde eum qui de vitibus succisis ita egisset ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse quia debuisset arbores nominare eo quod Lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.*

[2] *V.* Maynz, *Elements de droit romain*, § 134.

dare al pretore l'azione; che si poteva poi dall'interessato proporre in giudizio direttamente. [1]

Ma se il diritto romano, a misura che andava perdendo il suo primitivo carattere, rimetteva pure il primitivo rigore rispetto alla forma con cui l'azione dovea essere proposta, mantenne tuttavia sempre fermo il principio per cui la protezione dell'autorità giudiziaria non è concessa a quei diritti che non siano dalla legge muniti d'azione. Ciò tanto è vero che anche nell'ultimo periodo della legislazione romana rimane tuttora obbligato l'attore ad indicare all'avversario l'azione che intende proporre in giudizio. [2]

Il principio della necessità dell'azione per poter ricorrere all'autorità giudiziaria in difesa del diritto disconosciuto o violato è pure presupposto dalle moderne legislazioni. Non è d'uopo dire che in materia penale non si può mai instituire il giudizio se non quando l'azione sia stata espressamente concessa; poichè sebbene la legge dichiari generalmente che da ogni reato nasce un'azione penale, [3] è certo tuttavia che nessun atto è penalmente incriminabile se espressamente non è qualificato reato dalla legge — Nel diritto privato non occorre più indicare, come già secondo il diritto romano e secondo altre legislazioni posteriori il nome dell'azione; non occorre che sia espressamente concessa; che anzi teniamo che sempre

[1] § 8, I., *de interdictis*, IV, 15 — *Quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia, non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.*

[2] L. 1 pr. *de edendo* II, 13 — *Qua quisque actione agere volet, eam edere debet.*

[3] Art. 1 cod. pr. pen.

s' intenda concessa quando non sia stata espressamente denegata; dal momento che la legge dichiara che per proporre una domanda in giudizio o per contradire alla medesima è necessario avervi *interesse*, [1] pone senza dubbio la necessità dell'azione [2] — Nel diritto politico ed amministrativo si muta nuovamente la regola e non si può invocare la guarentigia del giudizio se non quando la legge l'abbia posto espressamente sotto la protezione dell'autorità giudiziaria. [3]

Certamente il principio della necessità dell' azione non ha più nella moderna l'importanza che aveva nella romana legislazione: tuttavia ne fa vedere il bisogno di cercare anzitutto se per avventura il diritto non sia sfornito d' azione, onde non esporsi al danno di provocare un giudizio inutile.

[1] Art. 37 cod. pr. civ. *L'interesse* è la misura dell'azione tanto che i Francesi dicono *point d' interêt, point d'action*; la qual massima si potrebbe invertire dicendo ***chi non ha azione non ha interesse.***

[2] La legge nega poi l' azione in molti casi — Così per esempio, non concede azione veruna pel pagamento dei debiti di giuoco e di scommessa (art.1802 cod. civ.); nega l'azione per quei diritti che procedono da atti non rivestiti delle prescritte formalità (art. 1313 cod. civ.); cessa di tutelare il diritto coll' azione quando questa siasi lasciata estinguere colla prescrizione (art. 2153 cod. civ.), ecc.

[3] Come accade rispetto al *diritto di elettorato* nelle elezioni politiche (*V.* art. 54 della *Legge elettorale* 20 9bre 1859.) ed amministrative (*V.* art. 39, 42, 75 della L. sull'*amm. comun.*. del 20 marzo 1865, all. A)

§ 43. Azioni reali ed azioni personali.

Classificazione delle azioni dedotta dalla natura dei diritti che proteggono — Diritti reali e diritti personali — Azioni reali ed azioni personali — Genesi dei diritti e delle azioni reali — Genesi dei diritti e delle azioni personali.

La più importante classificazione delle azioni si desume dalla natura dei diritti che tendono a proteggere in giudizio, poichè essendo l' azione, come abbiamo notato, [1] un loro accessorio, ne rivestono pure la natura ed i caratteri.

I diritti privati, de' quali soltanto ci occupiamo, si ripartono in due grandi categorie. I diritti che colpiscono direttamente una cosa certa e determinata e l'assoggettano nell'immediato nostro potere chiamansi nella dottrina e nelle legislazione moderna *diritti reali;* i diritti invece che hanno per oggetto immediato un fatto altrui soglionsi designare col nome di *diritti personali* — I diritti reali hanno questo particolare carattere, che possono esistere ed esercitarsi senza il concorso di altra persona individualmente obbligata; i diritti personali per contro non possono esistere e tanto meno esercitarsi senza supporre insieme un' altra persona individualmente obbligata a dare, a fare od a non fare ciò che è nel diritto compreso — I diritti reali ed i diritti personali insieme riuniti costituiscono il *patrimonio*, e si potrebbero chiamare con nome generico *diritti patrimoniali.*

A questa doppia categoria di diritti corrisponde una doppia categoria di azioni; le *azioni reali* che mirano a tutelare un diritto reale; le *azioni perso-*

[1] *V. sopra* § 42.

nali che tendono a proteggere un diritto personale.

Fra i diritti reali uno ve n' ha che tutti gli altri diritti reali in se virtualmente comprende, e questo è la *proprietà*, la quale si può definire il diritto d'usare, godere e disporre d' una cosa certa e determinata ad esclusione d' ogni altro; e poichè l'*uso* è un modo di *godere* e godere d' una cosa non è che un modo di *disporne*; così più brevemente si potrebbe definire la proprietà il diritto esclusivo di disporre d'una cosa certa e determinata — Il diritto di proprietà ha poi questo di particolare che può frazionarsi in altri minori diritti senza distruggersi, e questi frazionamenti possono essere tanti, quante sono le parti del diritto di proprietà che piaccia al proprietario di trasferire in altri, purchè per essi non si venga a togliere in modo assoluto al proprietario il diritto di disporre della cosa [1] — Dagli smembramenti della proprietà derivano tutti indistintamente i diritti reali; che il diritto romano riduceva a quattro: *servitù, enfiteusi, superficie, pegno ed ipoteca;* e che la legislazione moderna, eliminando la superficie, riduce a tre; *servitù, ipoteca* ed *enfiteusi,* adottando rispetto a quest'ultima quelle speciali limitazioni che secondo i dettati della scienza economica meglio valgano a promuovere gli interessi dell'agricoltura [2] — Tutti questi diritti poi, sebbene assumano nomi diversi, rivestono tutti la medesima natura del diritto complessivo da cui si derivano, e da questo e tra loro non differiscono se non rispetto alla minore o maggiore estensione di ciascuno. [3]

Colla genesi dei diritti reali si è pure indicata la

[1] Maynz, *Les élements de droit romain* — § 162, 180.
[2] Art. 1557, 1562 - 1564 cod. civ.
[3] I diritti derivanti dagli smembramenti della proprietà

genesi delle *azioni reali.* A tutela della proprietà compete un azione reale per eccellenza, la *rivendicazione — rei vindicatio —* per cui il proprietario segue la cosa dovunque si trovi e la rivendica presso qualunque detentore o possessore della medesima — Parimente a difesa di ciascuno dei dirirti nascenti dagli smembramenti della proprietà compete un' azione reale, che sebbene con nomi diversi nei diversi casi, prende pure tutti i caratteri dell' azione vindicatoria.

I *diritti personali* che il diritto romano con più appropriato vocabolo chiamava — *obligationes,* — costituiscono una parte cospicua del nostro *patrimonio,* poichè comprendono tutti i diritti che nascono dalle obbligazioni o imposte direttamente dalla legge, o procedenti da un fatto dell' uomo lecito od illecito. Si chiamano *personali,* sia perchè il diritto non può esistere, come abbiamo notato, senza che vi coesista una persona individualmente obbligata, sia perchè si può esercitare soltanto contro la persona obbligata od i suoi legittimi rappresentanti.

A protezione d' ogni diritto personale compete pure un' *azione personale — actio in personam —* E quantunque piglino diversa denominazione secondo la diversità dei fatti da cui deriva l' obbligazione; ne vestono tuttavia sempre gli stessi caratteri, e sono, parimente esercibili soltanto contro il debitore, o, quel che è lo stesso, contro quelli che legalmente lo rappresentano.

dai romani giureconsulti si chiamano — *jura in re* — Ma sotto questa denominazione non si comprendeva la *proprietà* stessa sebbene sia un diritto per eccellenza reale; per indicare per es. che io aveva la proprietà, si diceva che la cosa è

§ 44. Azioni miste.

Silenzio della legge rispetto alle azioni miste — Non vi sono più azioni miste — Concorso di due azioni, l'una personale e l'altra reale, nel medesimo giudizio — Azioni miste secondo il diritto romano — Azioni in risoluzione, rescissione e revocazione d'un atto.

Nella romana legislazione si fa menzione *d'azioni miste*; [1] il codice di procedura civile francese [2] e l'antico codice sardo [3] parlando di azioni *meramente personali* sembrano alludere all'esistenza di *azioni miste* — L'ultimo codice sardo di procedura civile [4] ed il novissimo codice di procedura civile italiano non adottando più questa terminologia e parlando solo di azioni reali e di azioni personali pare che più non ri-

mia, come appare dalla formola dell'antica *mancipatio*. Più tardi la proprietà si disse *dominium* — più tardi ancora — *proprietas* — Ma poichè è proprio dei diritti derivanti dai frazionamenti della proprietà di non poter sussistere che sulla *cosa altrui*, i commentatori chiamarono la proprietà — *jus in re propria* e gli altri diritti *jura in re aliena*.

Nella legislazione moderna sotto il nome di *diritti reali* si comprendono e il diritto *in re propria* e i diritti *in re aliena*, sebbene talvolta l'uno si veda contrapposto agli altri. *V.* art. 685, 1125 cod. civ.

[1] L. 37 § 1 *de obblig. et act.* XLIV. 7 — *Mixtæ sunt actiones, in quibus uterque actor est; ut puta familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum....* § 20 I., *de act. IV*, 6 — *Quædam actiones mixtam causam habere videntur tam in rem, quam in personam qualis est familiæ erciscundæ actio; item communi dividundo: item finium regundorun.*

[2] Art. 2 cod. pr. civ. fr. — e art. 1 della L. 30 Maggio 1838.

[3] Art. 1 cod. pr. civ. sardo del 1854.

[4] Cod. di proc. civ. del 1859.

conoscano l' esistenza di *azioni miste*. Dobbiamo dunque ravvisare nel vigente codice una lacuna, od una inesattezza, un vizio nella legislazione romana e francese? vi sono azioni miste?

Rispetto alle azioni miste domina ancora nella dottrina, come nella legislazione, una grande incertezza — Noi crediamo che e secondo i principii e secondo il vigente codice non vi siano *azioni miste* — Pigliando le azioni natura e carattere dai diritti reali o personali che tendono a tutelare in giudizio, ed essendo i diritti reali e i personali tra loro essenzialmente distinti, è impossibile che vi siano delle azioni miste nel senso che siano insieme e reali e personali.

Tuttavia può accadere, e sovente accade, che due azioni, una reale e personale l'altra si congiungano nel medesimo giudizio tra le stesse persone pel conseguimento del medesimo fine. Or se l'azione mista si fa consistere in questo concorso di due azioni di diversa natura, ammettiamo che vi sono *azioni miste*.

In questo senso sarebbe mista l' azione dell' acquirente in tutti i contratti che hanno per effetto la traslazione della proprietà d' una cosa certa e determinata, per la ragione che la proprietà si trasmette e s' acquista per effetto del solo consenso legittimamente manifestato [1] — Così per esempio, appena divenuta perfetta la vendita, la proprietà passa di pien diritto nel compratore; [2] epperciò a tutela della sua proprietà gli compete l' azione reale di rivendicazione: ma al compratore compete inoltre contro il venditore

[1] Art. 1125 cod. civ.
[2] Art. 1448 cod. civ.

l' azione personale nascente dal contratto di vendita, poichè il fatto della vendita impone al venditore l'obbligazione personale di consegnare e garantire la cosa venduta. [1]

Nel diritto romano non era mista nel senso indicato l'azione dell' acquirente. Essendosi adottato il principio che non bastasse il consenso per trasferire la proprietà, ma si richiedesse inoltre la tradizione della cosa, [2] non poteva mai aver luogo a favore dell'acquirente il concorso simultaneo delle due azioni. [3] Il compratore, per esempio, prima della consegna non aveva che l' azione personale contro il venditore — *actio emti* — per costringerlo alla tradizione della cosa e de' suoi accessorî; e colla tradizione rimaneva esaurita l'azione personale e nasceva l' azio-

[1] Art. 1462 cod. civ.

[2] L. 20 C. *de pactis* II, 3. — *Non nudis pactis sed traditionibus et usucapionibus dominia rerum trasferuntur.*

[3] Che il principio secondo cui la proprietà si trasferisce col solo consenso sia conforme a ragione lo ammettono gli stessi romani giureconsulti — § 40 I.. *de rev. div.*, II. 1 — *Nihil tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.* — Ma allora perchè non riconoscevano trasferita la proprietà della cosa se non quando ne fosse seguita la tradizione? La ragione è facile a comprendersi. Il principio che esaminiamo è giusto soltanto rispetto alle parti contraenti: ma non è equo e conveniente estenderne l'applicazione ai *terzi*, i quali non avendo alcun mezzo per accertarsi se la cosa che loro si vorrebbe trasmettere, sia ancora in proprietà del trasmittente, si troverebbero esposti al pericolo di mille frodi. Quindi è che la legislazione moderna, mentre ammette che la proprietà si intende trasferita col solo consenso tra le *parti*, che non possono ignorare il contratto, per evitare il pericolo d' inganni vuole che non si consideri trasferita rispetto ai *terzi* fintanto che sia seguita la trascrizione dell'atto in pubblici registri — *V.* art.

ne reale — *rei vindicatio* — a tutela della proprietà che pel fatto della tradizione gli era trasferita. [1]

Il diritto romano chiamava *miste* soltanto le azioni divisorie — *familiæ erciscundæ* — *communi dividundo* — *finium regundorum* — Sulla ragione per cui queste azioni si reputassero *miste* non sono ancora d'accordo gli scrittori; [2] e noi ci teniamo di preferenza all'opinione di quelli che pensano essere state queste azioni reputate *miste*, perchè ciascuna di esse comprende in sè due azioni distinte, ma convergenti in ultima analisi ad uno scopo comune — Che in ciascuna delle due prime concorrano due distinte azioni, si fa manifesto a chi consideri che il coerede o comunista, promovendo l'azione in divisio-

1932, 1934, cod. civ. — V. G. CESANO, *Della trascrizione secondo il codice civile del Regno d'Italia.*

Il diritto romano in difetto d'ogni altro mezzo di pubblicità ha stabilito al medesimo scopo la necessità della *tradizione* che è un fatto palese e facilmente riconoscibile. Ciò tanto è vero che la necessità della tradizione venne solo introdotta più tardi, quando cioè scomparve quella pubblicità, che accompagnava la traslazione della proprietà colla *mancipatio* e colla *in jure cessio.*

[1] Le due azioni, reale e personale, potevano congiungersi talvolta nelle stesse persone e nel medesimo intento. — Così nel legato di cosa certa e determinata propria del legante competeva al legatario l'azione reale-*rei vindicatio*-nascente dal dominio che dal legante si trasferiva direttamente nel legatario. (L. 69 pr. L. 86 § 2 de leg. et fid. 1°, xxx - L. 80 de leg. et fid. 2° xxxi) e inoltre l'azione personale *actio ex testamento,* contro l'erede per costringerlo alla consegna della cosa legata L. 3. *C. de reb. alien.* IV, 51; L. 14 *C. de evict.* VIII, 45. — Ma non si è mai pensato di ravvisare un'azione mista nel concorso di queste due azioni.

[2] Alcuni le credono *miste* perchè amendue i litiganti sostengono ad un tempo le parti d'attore e di convenuto — Al-

ne, propone dapprima l'azione personale per costringere il convenuto ad acconsentire alla divisione, [1] e propone contemporaneamente l'azione reale, ossia la rivendicazione nascente dal condominio che ha *pro indiviso* della cosa comune, per conseguire *pro diviso* parte della medesima. Lo stesso è a dirsi dell'azione *finium regundorum*; essa comprende l'azione personale che nasce dal fatto della confusione dei confini, fatto che obbliga i proprietari dei fondi contigui al ristabilimento dei termini; [2] comprende pure l'azione reale per conseguire la proprietà od almeno il possesso incontestato di quella porzione di fondo che cade in controversia.

È pure controverso se nell'azione *risolutoria,* [3] se nella *rescissoria* [4] e nella *revocatoria* [5] concorrano due azioni di diversa natura — Crediamo anzitutto doversi ripudiare l'opinione di quelli che pensano essere le accennate azioni esclusivamente personali, [6] ed inesatta l'opinione di quelli che le dicono personali rispetto al primo acquirente e reali rispetto ai terzi possessori, [7] poichè quest' ultima opinione sta

tri perchè sono reali insieme e personali — Altri pensano che siano più personali che reali — Altri ravvisano in esse predominante il carattere di realilà — Altri infine dicono che sono di lor natura esclusivamente personali — *V.* MAYNZ, *Les éléments de droit romain* § 360 — BONJEAN, *Traité des actions chez les Rom.* II, § 292-295.

[1] L. 1 pr. *fam. ercisc.* X, 2; L. 3 C. *com. div.* III, 37 - Art. 984, 985, 1736 cod. civ.

[2] Art. 441 cod. civ.

[3] Art. I158 cod. civ.

[4] Art. 1529 cod. civ.

[5] Art. 1235 cod. civ.

[6] PONCET, *Traité des ections,* n. 119.

[7] DURANTOR XVI, 452 — TROPLONG, *De la vente,* 805.

pel caso in cui la cosa sia già pervenuta a mano d'un terzo, ma fintanto che la cosa rimane al primo acquirente, concorrono e l'azione personale che nasce dalla clausola o dalle condizioni che accompagnarono il contratto, e l'azione reale nascente dalla proprietà che, risolto, rescisso o revocato l'atto, fa ritorno di pien diritto al venditore originario. [1]

La questione se debba essere reputata *mista* l'azione risultante dal concorso di due azioni diverse concerne il caso, che le due azioni concorrenti si possano considerare sì l'una e sì l'altra come principali; e non il caso in cui l'azione personale s'accompagni come accessoria all'azione reale; se così fosse, dovremmo dir miste quasi tutte le azioni reali, poichè raro è che l'azione reale nel suo esercizio non sia accompagnata da un'azione personale accessoria — Per vero finchè il titolare esercita liberamente il suo diritto, l'azione non è che potenziale; il diritto che è pienamente rispettato non abbisogna di protezione — L'azione adunque è utile e comincia ad essere esperibile solo al momento che sia intervenuto un fatto, con cui siasi disconosciuto o violato il diritto; ma il fatto lesivo, mentre apre la via all'esercizio dell'azione reale, ne assoggetta contemporaneamente l'autore all'obbligazione del risarcimento dei danni; e così dà pur luogo ad un'azione personale. —

Vuolsi tuttavia notare che il concorso di due azioni, anche principali, nulla influisce a fronte del di-

[1] Duvergier, *Traité de la vente*, II. 90; 94, — Pescatore, *Sposizione compendiosa* ec. p. 126 — Non osta la facoltà data al compratore di liberarsi dalla domanda del venditore offrendogli ciò che manca al giusto prezzo (art. 1534 cod. civ.)

ritto positivo sulla competenza, salvo per ciò che concerne la *continenza di causa.* [1]

§ 45. Azioni pregiudiziali.

Stato della persona — Controversie di stato — Azioni pregiudiziali — Le azioni pregiudiziali sono nella loro essenza azioni reali.

Oltre il patrimonio propriamente detto, comprendente le cose pecuniariamente apprezzabili, ciascun cittadino ha pure un patrimonio, per così dire, morale, ben più prezioso perchè inestimabile, e che chiamasi *stato della persona* — Lo *stato della persona* poi si compone del *diritto di cittadinanza* e inoltre dei diritti che i dottori sogliono designare col nome di *diritti della famiglia.*

In conseguenza *controversie di stato* si appellano quelle in cui si discute se taluno sia cittadino o straniero, celibe o non celibe, padre di famiglia o figlio di famiglia, figliuolo legittimo o figliuolo naturale od estraneo, maggiore o minore di età, e simili — Ma non sarebbe una controversia di *stato* nel senso legale quella che concernesse la condizione giuridica risultante dalla *professione* che la persona esercita, come per esempio la questione in cui si discutesse se taluno sia o no *commerciante.*

Le controversie di *stato* si presentano per lo più come *incidenti preliminari* a questioni riguardanti diritti propriamente detti patrimoniali, e danno naturalmente luogo ad una preliminare decisione — Egli è perciò che le azioni, le quali tendono a proteggere

[1] *V. infra* § 69 in f.

lo stato delle persone, tolto il vocabolo dal diritto romano si chiamano *azioni pregiudiziali*, [1] quantunque si possano anche proporre in via principale.

Le *azioni pregiudiziali* furono da Giustiniano pareggiate alle reali, [2] ed azioni reali sono realmente nella loro essenza; imperocchè, come le azioni reali, le azioni pregiudiziali son pure destinate a tutelare un diritto che può esistere e può esercitarsi senza il concorso silmultaneo di altra persona individualmente obbligata. [3]

§ 46. Azioni mobiliari ed azioni immobiliari.

Azioni mobiliari ed azioni immobiliari — Differenza tra queste e le azioni personali e reali — Le azioni reali mobiliari sono parificate alle personali. —

La distinzione delle azioni in *reali* e *personali* si deduce dalla natura intrinseca del diritto, che tendono a proteggere; la distinzione invece delle azioni in *mobiliari* ed *immobiliari* si deduce dall'oggetto, che con esse si può conseguire — Sono dunque *azioni*

[1] Si può dire azione *pregiudiziale* quella che si riferisce ad una qualunque controversia che si debba in via preliminare risolvere. Così era secondo l' antico diritto romano (Gaius, III, 123; IV, 44 — Paul., *Sent.*, *V.* 9, 1) — Ma nel diritto giustinianeo le azioni pregiudiziali — *præjudiciales actiones* — si riferiscono esclusivamente alle questioni di stato (§ 14 I., *de act.* IV, 6 - L. 8 § 1, *de in jus voc.* II, 4 — L. 1 § 16; L. 3 § 2-5 *de agnosc. et al. lib.* XXV, 3 — L. 7 § 5; L. 10, 11, 12, *de liber. caus.* XL, 12 — L. 6 *si ingen. esse dic.* XII, 14 — L. 9. C. *de patr. potest.* VIII, 47 — *V.* Bonjean, *Traité des act.* II, § 297 in f.)

[2] § 13 I., de act. IV, 6 — *Præjudiciales actiones in rem esse videntur.*

[3] *V. sopra* § 43.

mobiliari quelle che tendono a conseguire una cosa mobile, ed *azioni immobiliari* quelle che tendono a conseguire una cosa immobile.

La distinzione delle azioni in mobiliari ed immobiliari non si vuol confondere, come da taluno si fa, colla distinzione precedentemente fatta delle azioni in personali e reali; perocchè le azioni *mobiliari* possono essere *reali* o *personali*, come parimente *reali* o *personali* possono essere le azioni *immobiliari* — Così per esempio, la rivendicazione è un' azione reale; ed è immobiliare, se tende a rivendicare un immobile; è invece mobiliare, se l' oggetto della rivendicazione è una cosa mobile [1] — Viceversa è immobiliare l' azione personale che tende ad ottenere la consegna di cosa immobile, certa e determinata, e mobiliare in tutti gli altri casi.

Ciò non ostante, e particolarmente per quel che concerne la competenza, la legge, pur mantenendo separate dalle personali le azioni reali immobiliari, parifica pienamente le azioni reali mobiliari alle personali [2] — La ragione è facile a comprendersi; le azioni reali mobiliari sono parificate alle personali, perchè trattandosi di cose mobili nel diritto moderno non si è creduto in generale conveniente di permetterne la rivendicazione; per il che nella massima parte dei casi l' azione reale mobiliare sparisce, o, meglio si risolve in un' azione personale. [3]

[1] Vuolsi notare che *l' azione ipotecaria* è un'azione mobiliare, poichè l'ipoteca sebbene colpisca direttamente un immobile, mira tuttavia soltanto al conseguimento d' una cosa mobile, vale a dire all' esazione del credito sul prezzo dell' immobile.

[2] Art. 70, 90, 91, 92 cod. pr. civ.

[3] Il diritto romano permetteva la rivendicazione delle cose mobili (*V.* VINNII, *Instit.*, Lib. IV, tit. 15 § 5.) — Le

§ 47. Azioni petitorie ed azioni possessorie.

Azioni petitorie ed azioni possessorie — Ragione per cui si deve tutelare il possesso — Azione di manutenzione ed azione di reintegrazione in possesso.

La distinzione tra il *diritto* e l'*esercizio* o *godimento* del diritto serve di fondamento alla distinzione delle azioni in *petitorie* e *possessorie* — Il diritto considerato nella sua essenza è una *facoltà* d'agire; ed appunto perchè è una *facoltà* e non una *necessità*,

legislazioni moderne se ne scostarono e seguirono invece la massima della giurisprudenza francese — *en fait de meubles possession vaut titre* — riguardo ai mobili il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo: il qual principio si applica dalla patria legge anche agli *effetti al portatore*, ma non alle *universalità di mobili*, non alle cose *smarrite* o *derubate* (art. 707, 708, 709, 2146 cod. civ.)

Per l'intelligenza del nuovo sistema vuolsi notare che quando si dice che il possesso vale il titolo, non s'allude al possesso che ha il *terzo*, poichè il terzo ha il suo proprio titolo, in virtù del quale venne appunto in possesso della cosa mobile; s'allude invece al possesso che ne aveva colui che la trasmise al terzo: perchè il trasmittente aveva il possesso della cosa, il terzo era autorizzato a crederlo proprietario, e però investito del dritto di disporne a suo favore — Segue da ciò che *terzi* sono quelli che hanno ricevuto la cosa da chi non era proprietario. — Il comodatario per es., non è *terzo* rispetto al comodante, il quale, trascorso il termine convenuto, potrebbe rivendicare la cosa mobile comodata; ma se il comodatario l'avesse in altri trasferita, il comodante, salva l'azione personale contro il comodatario pel risarcimento dei danni, più non potrebbe rivendicarla dalle mani dell'acquirente che è terzo, perchè ha ricevuto la cosa da chi non era proprietario, ma ne aveva il possesso, il qual possesso rispetto al terzo di buona fede equivale a titolo di proprietà.

La legge nega la rivendicazione dei mobili per favorire ed assicurare le commerciali contrattazioni. Essendo le cose

il diritto può esistere e far parte del patrimonio, anche facendo astrazione da ogni idea del suo esercizio. Or quando venga messo in controversia il diritto considerato in sè stesso, l'azione che tende a proteggerlo chiamasi *azione petitoria* [1] — Per contro anche l'esercizio del diritto si può concepire isolato e disgiunto dal diritto stesso: nel quale caso l'esercizio o godimento del diritto prende nome di *possesso*, [2] ed *azione possessoria* si chiama quella che tende a tutelarlo in giudizio.

Se non che pare a primo aspetto che il possesso non sia per sè degno di legale tutela; perocchè o il possesso appartiene, come di ragione, al titolare del diritto, e allora non occorre tutelarlo con un'azione speciale, essendo a ciò sufficiente l'azione petitoria: o il possessore del diritto non n' è insieme il titolare, e allora giustizia vuole che gli si tolga il possesso e si dia invece a colui che ha il diritto di possedere —

mobili suscettive di passare in breve tempo per le mani di molti, quando ne fosse permessa la rivendicazione presso i terzi gravissimo incaglio s'apporterebbe al commercio poichè nessuno sarebbe più sicuro di non essere più molestato per aver comprato o venduto una cosa mobile.

La massima di cui parliamo, ebbe la sua origine nelle antiche costumanze francesi, e prevalse nella compilazione del Codice Napoleone, dal quale passò negli altri codici posteriori insieme a più altre, fra le quali degna di nota è la così detta *saisine*, che si enuncia colle parole — *Le mort saisit le Vif.* — (*V.* art. 925. cod. civ.

[1] Le *petitiones* in diritto romano erano le azioni reali e particolarmente l'azione di rivendicazione - (Gaius, IV, 5-§ 51, *de act.*, IV, 6 - L. 25 pr. L. 28 *de obblig. et act.*, XLIV, 7 - L. 172 § 2 *de verb. Sign.*, L. 16.)

[2] L. 1 pr. *de adq. vel amitt. poss.* XLI, 2 — *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio; quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit.*

Ma vuolsi osservare: il diritto considerato in sè stesso non è che un' astrazione giuridica, ed esteriormente non si manifesta che col mezzo del suo esercizio; nella pratica poi della vita civile generalmente avviene, e ne sorge in conseguenza la naturale presunzione, che chi esercita il diritto ne sia realmente il titolare — Se quando si solleva la questione di possesso già si potesse conoscere con certezza a quale dei due contendenti il *diritto* appartenga, si dovrebbe senza più il possesso attribuire a quest' ultimo; ma ciò non essendo ancor noto, ragion vuole che si mantenga *intanto* lo stato delle cose, che cioè si tuteli il possessore nel possesso attuale fintantochè venga a risultare in modo certo quale dei contendenti sia il titolare del diritto e debba in conseguenza esserne il possessore. [1] —

Le azioni possessorie sono due, l' *azione di manutenzione* e l' azione di *reintegrazione* in possesso, l' una per conservare il possesso, l' altra per ricuperarlo in caso di spoglio violento od occulto — Ma tali e tante sono le differenze che passano tra queste due azioni che solo la prima, non la seconda si può dire propriamente azione possessoria — Ma per ciò ben comprendere è d' uopo vedere dapprima quali siano le cose suscettive di possesso.

[1] Da ciò si vede che la tutela che s' accorda al possesso, ha necessariamente un carattere temporaneo, mentre quella che si concede al diritto ha un carattere definitivo, assoluto.

§ 48. Cose suscettive di possesso.

Cose suscettive di possesso — Diritto romano — Codice civile — Diritto di proprietà immobiliare — Diritti reali immobiliari — Servitú continue non apparenti e servitú discontinue — Diritti reali mobiliari; universalità di mobili — Diritti personali.

La *detenzione della cosa* — *rei detentio* — è secondo il diritto romano l' idea predominante del possesso: ed è perciò che i romani giureconsulti non reputavano suscettive di possesso che le cose corporali — *quæ tangi possunt* — mobili ed immobili; le cose incorporali, — *quæ in jure consistunt* — non erano in conseguenza considerate capaci di possesso. [1] — Più tardi tuttavia gli stessi romani giureconsulti introdussero, non il possesso, ma quasi un possesso — *quasi possessio* — *juris possessio* — rispetto ad alcuni diritti derivanti dei frazionamenti della proprietà, e specialmante rispetto alle servitù sì reali che personali. [2]

Nel diritto moderno invece il concetto fondamentale del possesso è l' esercizio e il godimento del diritto, [3] e la detenzione della cosa non è più che una condizione, o meglio un segno dell' esercizio del diritto. Segue da ciò che nel diritto nuovo l' idea di possesso è più comprensiva, e logicamente s' estende e alle cose corporali e alle incorporali.

[1] L. 4 § 27 *de usurp.* XLI. 3 — *Possideri autem possunt quæ sunt corporalia, quia nec possideri intelligitur ius incorporale.*

[2] Pr. I., *de interd.*, IV, 15 - L. 23 § 2 *ex quib. caus. maj.*, IV, 6 - L. 1 § 5; L. 3 § 17 *de vi* XLIII, 16 - L. in f. *comm. præd.* VIII, 4 - L. 11 § 2; L. 6° pr. *de usufr.*' VII, 1.

[3] Arg. art. 625 cod. civ.

Ma quantunque per loro natura i diritti quasi tutti siano capaci di possesso, non è a credersi tuttavia che si possa rispetto a tutti indistintamente sollevare la questione di possesso. — È certo da prima che è capace di possesso il *diritto proprietà immobiliare*; quegli che ritiene una cosa corporale immobile, un fondo cioè rustico od urbano, e su di esso esercita i diritti, che suol esercitare il proprietario, possiede effettivamente il diritto di proprietà. Non è d'uopo aggiungere che il possesso del fondo comprende anche il possesso degli accessorî.[1]

Parimente suscettivi di possesso sono i *diritti reali immobiliari* che prendono origine dai frazionamenti della proprietà, quali sono i diritti del concedente e quelli dell'enfiteuta sui fondi soggetti ad enfiteusi; il diritto di usufrutto e di uso sulle cose immobili e quello di abitazione; infine le servitù prediali.[2] Quegli per es. che tiene aperto un acquedotto sul fondo altrui e per esso traduce le acque al proprio fondo possiede il diritto di servitù d'acquedotto.

Riguardo alle servitù prediali vuolsi nullameno osservare che propriamente suscettive di possesso sono soltanto le servitù *continue* ed *apparenti*, come appunto sarebbe la servitù d'acquedotto; nelle servitù *continue* ma *non apparenti* e nelle servitù *discontinue* la questione possessoria si confonde, a nostro credere, colla questione petitoria rispetto a colui che non

[1] Art. 408, 410, 413 cod. civ.

[2] Arg. art. 415 cod. civ. Si devono tuttavia eccettuare le azioni che tendono a rivendicare un immobile, le quali per loro natura non sono capaci di possesso, poichè altrimenti si dovrebbero ammettere due possessi, l'uno dell'immobile e l'altro dell'azione: il che non è possibile (*V.* BOURBEAU, *De la justice de paix*, 359, 371.)

ha titolo, per la ragione che non potendosi siffatte servitù costituire che mediante un titolo, il possesso anche immemoriale non varrebbe a conferire il diritto stesso di servitù al possessore. [1]

I *diritti reali mobiliari* per contro non sono legalmente capaci di possesso, per la ragione più innanzi accennata, che cioè per riguardo ai mobili il possesso produce a favore dei terzi l'effetto stesso del titolo, [2] per cui la questione di possesso, si confonde colla questione di proprietà — La questione di possesso adunque non è possibile nel diritto di proprietà, nel diritto d'uso, e d'usufrutto di cosa mobile, non che nell'ipoteca, che è pure un diritto mobiliare [3] — Solo dalla legge s'eccettuano le *universalità di mobili* — *universatates rerum* — come sarebbe un fondo di negozio, un gregge e simili, [4] forse perchè costituendo un sol tutto distinto dalle singole cose che lo compongono, pigliano un carattere stabile e permanente, per cui s'avvicinano alle cose immobili.

I *diritti personali* poi di qualunque specie non sono suscettivi di possesso; nelle *obbligazioni* si presume sempre in possesso il debitore; poichè ciascuno deve sempre presumersi in possesso della sua libertà e non mai verso altri obbligato; e chi domanda ad altri l'esecuzione d'un' obbligazione, deve anzitutto darne la prova. [1]

[1] *V. infra* § 51 -- *V.* anche Bourbeau, *De la justice de paix*, 372, 375.

[2] *V. sopra* § 46.

[3] *V. sopra* § 46.

[4] Art. 694 cod. civ. — § 18 I, *de legat.* II, 20 - L. 30 § 2 *de usurp.* XLI, 3 - L. 10; L. 31, *quib. mod. ususf. amitt.*, VII, 4 - L. 34 *de pignor.* XXI, 1.

[5] Art. 1312 cod. civ.

§ 49. Azione di manutenzione in possesso.

Azione di manutenzione in possesso — Estremi — Possesso legittimo — Continuo — Non interrotto — Pacifico — Pubblico — Non equivoco — Animo di *tenere la cosa* come propria — Possesso oltreannale — Unione del possesso. —

La legge tutela il possesso perchè il possessore si presume essere il proprietario, o meglio, il titolare del diritto; [1] perchè adunque si faccia luogo all'azione di manutenzione in possesso è d'uopo che il possesso sia tale da indurre cotesta presunzione — La detenzione materiale della cosa, o l'esercizio e il godimento attuale del dritto, sebbene costituisca l'elemento principale del possesso, non basta per sè ad indurre una presunzione di proprietà, poichè siffatto elemento concorre anche nel locatario, per esempio, nell'anticresista, nel precarista e simili che non si possono di certo presumere titolari del diritto che esercitano. Il possesso adunque deve inoltre essere accompagnato da altre condizioni, che la legge, per eliminare ogni questione a questo rispetto, determina espressamente — Gli estremi poi dell'azione di manutenzione sono due, che cioè il possesso sia *legittimo* ed *oltreannale*. [2]

Il possesso è *legittimo* quando sia *continuo*, *non interrotto*, *pacifico*, *pubblico*, *non equivoco* e *con animo di tener la cosa come propria* [3] —

È *continuo* il possesso che non è stato interrotto per fatto e volontà del possessore, che cioè si è esercitato

[1] *V. sopra* § 47.
[2] Art. 686, 694 cod. civ.
[3] Art. 686 cod. civ.

sempre quando la natura della cosa ne richiedeva l'effettivo esercizio [1] — Nè cessa di essere continuo per essere esercitato ad intervalli. — Così per esempio, è continuo il possesso d'un bosco ceduo, quando siasi proceduto al taglio regolare, quantunque i tagli non si facciano che a dati periodi d' anni — Così, è continno il possesso della servitù d'acquedotto, quantunque le acque non scorrano che ad intervalli e secondo il bisogno che si ha delle medesime — Così, pure è continuo il possesso che non si è esercitato perchè una causa naturale, come quella per esempio di pioggie straordinarie, vi abbiano opposto un temporaneo ostacolo.

Il possesso non solo deve essere *continuo*, ma deve inoltre essere *non interrotto:* le quali due espressioni non sono sinonime; perocchè è interrotto il possesso che cessa d' essere continuo per fatto altrui indipendentemente dalla volontà del possessore: il che può aver luogo in due modi: *naturalmente* o *civilmente* — L' *interruzione naturale* del possesso ha luogo quando il possessore vien privato per fatto altrui del godimento della cosa: [2] al quale effetto ne par che non bastino le semplici *molestie* inferte al possessore, ma si richieda che il possessore sia — *possessione dejectus* — privato cioè della detenzione della cosa. Le molestie inferte al possessore possono impedire l' acquisto del possesso legittimo, o togliere il carattere di legittimità al possesso che già siasi acquistato, quando in quest' ultimo caso non siansi fatte

[1] La parola *continuo* ha dunque nel possesso un significato diverso da quello che ha nella servitù (Art. 617 cod. civ.)

[2] Art. 2124 cod. civ.

tacere nel tempo dalla legge prescritto; [1] ma ciò non avviene perchè il possesso si debba reputare *interrotto*, ma perchè cessa di essere *pacifico* [2] — L'*interruzione civile* del possesso ha luogo quando taluno eleva e propone contro il possessore una domanda contraria al possesso con atto di citazione o con altro atto idoneo ad interrompere la prescrizione; [3] una pretesa in modo diverso manifestata potrebbe essere considerata come una *molestia* che fa cessare il carattere pacifico del possesso, ma che non l'interrompe.

Il possesso è *pacifico* quando il possessore non è molestato nell'esercizio del suo possesso — Non importa che il possesso abbia preso origine da atti violenti; poichè sebbene questi non possano servire di fondamento all'acquisto del possesso legittimo, il possesso tuttavia, appena cessata la violenza, ripiglia il suo carattere pacifico [4] — Quali poi debbano essere le *molestie* per togliere al possesso questo carattere, nulla dice la legge; e noi crediamo che sotto un tal nome si comprenda qualunque atto idoneo a turbare il godimento del dritto e che abbia per scopo di contrastare il possesso al possessore; i danni stessi o i guasti recati alla cosa od ai frutti non diretti a siffatto scopo non costituirebbero una *turbativa* di possesso.

Il possesso è *pubblico* quando è esercitato a vista di tutti; questa condizione è richiesta affinchè tutti gli interessati possano, quando si credano in diritto, contestare al possessore il suo possesso — Al possesso

[1] Art. 694 cod. civ.
[2] *V.* Bourbeau, *De la justice de paix*, n. 324, 325.
[3] Art. 2125 cod. civ.
[4] Art. 689 cod. civ.

pubblico si contrappone il clandestino, come sarebbe per esempio il possesso d' una cava sotterranea, o di frazione di terreno tra due campi contigui, quando non esistano segni apparenti di determinati confini.[1]

Il possesso deve inoltre essere *non equivoco:* non deve cioè correr dubbio sulla qualità in cui si ritiene. Se il comunista, per esempio, fa atti di possesso intorno alla cosa comune e non apparisce se agisca in suo nome esclusivo od a nome dei comunisti, ritiene un possesso *equivoco* — Parimente *equivoco* è il possesso consistente in atti sul fondo del vicino, che si possano nella pratica della vita civile attribuire a relazioni di buon vicinato.

Il possesso infine deve essere esercitato — *animo domini* — ossia *con animo di tener la cosa come propria* — È questa la condizione che meglio delle altre qualifica il possesso, in mancanza di cui si potrà avere la nuda detenzione della cosa, il materiale esercizio del diritto, ma non il possesso legittimo — Non hanno dunque un possesso legittimo e manutenibile quelli che posseggono a nome altrui, come ad esempio il comodatario, il colono, il depositario, il precarista e simili — *nec idem est possidere et alieno nomine possidere*; *nam possidet, cujus nomine possidetur*[2] — Rispetto a questa condizione vuolsi osservare che si presume ciascuno possedere — *animo domini* — sino a prova contraria; ma viceversa chi cominciò a possedere a nome altrui, si presume pure

[1] Art. 689 cod. civ. — L. 6; L. 40 *de adq. vel ammit. poss.* XLI, 2.

[2] L. 18 *de adq. vel amitt. poss.* XLI, 2 - *V.* anche L. 3 § 12; L. 9; L. 30 § 5 *de adq. vel amitt. poss.* XLI, 2 - L. 3 § 8 *uti poss.* XLIII, 17 - L. 6, § 2 *de precario* XLIII, 26.

sino a prova contraria aver continuato a possedere con lo stesso titolo: [1] la qual prova contraria deve risultare da un fatto esteriore, che non lasci dubbio nel detentore della cosa di volerla in avvenire ritenere per sè; [2] poichè il detentore a nome altrui non può pel solo cangiamento di sua volontà costituirsi possessore a nome proprio — *neminem sibi causam possessionis posse mutare.* [3]

Il concorso delle accennate condizioni costituisce il possesso *legittimo*: ma perchè si possa far luogo all'azione di manutenzione in possesso si richiede di più che il possesso legittimo sia *oltreannale.* Imperocchè il concorso momentaneo di dette condizioni che si potrebbe riscontrare del pari in qualunque semplice detentore della cosa, non varrebbe ad indurre quella presunzione di proprietà che solo può sorgere quando s' aggiunga la consecrazione del tempo. — E la legge, a fine di eliminare anche a questo rispetto ogni questione, concede l'azione di manutenzione a colui che abbia *da oltre un anno* il possesso legittimo. [4] Le parole — *da oltre un anno* — dimostrano che l'anno deve essere *compiuto*; e poichè la prescrizione si calcola a giorni interi e non a ore, [5] l' azione di manutenzione non si potrebbe utilmente invocare se non il giorno successivo a quello in cui ebbe luogo il compimento dell' anno. [6] — Del re-

[1] Art. 687 cod. civ.

[2] L. 3 § 18 *de adq. amitt. poss.* XLI, 2 - L. 1 § 24 *de vi,* XLIII, 2 - L. 49 *de furt.* XLVII, 2.

[3] L. 19 § 1 *de adq. vel amitt. poss.* XLI, 2.

[4] Art. 694 cod. civ.

[5] Art. 2133 cod. civ.

[6] Se per es. l'anno si fosse compito al mezzodì del 31 dicembre, l' azione possessoria non si potrebbe esperire che il 1° gennaio successivo.

sto vuolsi notare che il possesso continua di diritto nel successore a titolo universale, [1] e che il successore a titolo particolare può unire al proprio possesso quello del suo autore per invocarne e goderne gli effetti. [2] E sebbene il possesso attuale non faccia per sè presumere l' antico; quando tuttavia il possessore attuale abbia un titolo, o quando provi d' aver posseduto in tempo più remoto, si presume, salva la prova contraria, aver anche posseduto nel tempo intermedio. [3] Epperò il possessore attuale potrà essere mantenuto in possesso quando provi aver avuto in tempo anteriore e più prossimo per oltre un anno, un possesso legittimo. — In *materia di servitù* infine, se nell' ultimo anno non siano intervenuti atti di possesso, i diritti ed i doveri rispettivi delle parti si misurano dalla *pratica dell'anno antecedente* o da quella dell' *ultimo godimento.* [4]

[1] Art. 693, 925 cod. civ.

[2] Art. 693 cod. civ. — Tra il successore a titolo universale e quello a titolo particolare v' è questa differenza che il possesso *vizioso* dell' autore nuoce al primo; invece il secondo può cominciare un possesso *non vizioso* — Ma concordano in ciò che al proprio possono unire il possesso *non vizioso,* ossia *legittimo* dell' autore.

[3] Art. 691, 692 cod. civ.

[4] Art. 700 cod. civ.

§ 50. A chi e contro chi si possa proporre l'azione di manutenzione.

L'azione di manutenzione spetta solo a chi abbia il possesso legittimo ed oltreannale contro chiunque turbi il possesso e contro il terzo molestante — Tempo entro cui si deve proporre — Azione di manutenzione proposta da chi ha perduto la detenzione della cosa.

L'azione di manutenzione in possesso spetta soltanto al possessore legittimo ed altreannale: ma quando in esso concorrono queste due condizioni l'azione si può proporre contro chiunque abbia molestato il possessore nel suo possesso, fosse pur questi lo stesso proprietario. Imperocchè la questione di possesso non ha nulla di comune colla questione di proprietà. — *Nihil commune habet proprietas cum possessione* [1] — *Nec enim possessio et proprietas misceri debent.* [2]

Ciononostante alcuni pensano che il possesso legittimo ed oltreannale si richieda solamente in colui che intenta l'azione di manutenzione contro il *proprietario* o contro l'attuale *possessore* e non contro il *terzo molestante*, per la ragione che rispetto al terzo il solo fatto del possesso è sufficiente per essere mantenuto nel medesimo — *Qualiscumque enim possessor hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet* [3] — Ma questa dottrina professata già da alcuni scrittori francesi, e da altri ultimamente accolta [4] non

[1] L. 12 § 1 *de adq. vel amitt. poss.* XLI. 2.
[2] L. 52 *de adq. vel amitt. poss.* XLI, 2.
[3] L. 2 *uti possid.* XLIII, 17.
[4] *V.* A. Burri. *La competenza civile dei pretori*, n. 76.

è conforme alla legge la quale richiede in ogni caso e senza distinzione il possesso legittimo ed oltreannale.[1] Certamente potrà accadere che pel solo fatto della detenzione della cosa sia il detentore mantenuto in possesso di fronte all' avversario che non possiede; il che avviene quando nè l' uno nè l' altro dei contendenti abbia provato in suo favore il possesso legittimo ed oltreannale; in tal caso il giudice non potendo riconoscere in nessuno di essi un possesso manutenibile si troverà naturalmente condotto a rinviare assolto il convenuto senza attribuire nello stesso tempo il possesso all' attore; in conseguenza del che, e non per virtù dell' azione di manutenzione, resta mantenuto lo stato delle cose.[2]

Da ciò che per proporre con effetto l' azione di manutenzione si richiede d' aver avuto il possesso legittimo nell' ultimo anno, ne segue che quando il possessore è turbato nel suo possesso e tanto più quando ne è privato[3] deve *entro l' anno* dalle sofferte molestie o dal patito spoglio proporre l' azione di manutenzione,[4] sotto pena nel primo caso di non poter più invocare la legittimità del possesso posteriore alle molestie inferte, e sotto pena nell' altro di decadenza dall' azione, poichè dopo l' anno il possesso sarebbe trasferito nel novello possessore.

Da ciò si vede che *entro l' anno* l' azione di manutenzione si può proporre anche da colui che abbia perduto la detenzione della cosa. Anzi quest' azione

[1] Art. 694. cod. civ.

[2] V. Bourbeau, *De la justice de paix*, n. 428.

[3] Poichè l' atto che priva il possessore della detenzione della cosa costituisce una delle più gravi molestie.

[4] Art. 694 cod. civ.

è la sola che durante l'anno si possa dal possessore esperire quando abbia perduto il possesso altrimenti che per atti violenti o clandestini; nel caso di spoglio violento od occulto all'azione di manutenzione viene ad aggiungersi quella di *reintegrazione*, come vedremo.

§ 51. Effetti e natura dell'azione di manutenzione in possesso

Effetto dell'azione di manutenzione in possesso — Effetto del possesso legittimo ed oltreannale — *Is qui agit non possidet* — Conseguenze nel giudizio petitorio — Valore del possesso nelle questioni di servitù — Natura dell'azione di manutenzione in possesso — Diritto romano e diritto moderno — Azione personale in risarcimento dei danni.

L'azione manutenzione in possesso ha per effetto di conservare al possessore il possesso legittimo. Ma il possesso legittimo ed oltreannale non è che una specie di prescrizione che non differisce dalla prescrizione ordinaria se non rispetto agli effetti ed al tempo; poichè quello stesso possesso legittimo che dopo un anno è tutelato coll'azione possessoria, serve pure di fondamento alla prescrizione, [1] che quando è giunta al suo compimento ha per effetto di attribuire al possessore la proprietà della cosa che si possiede. Si può dire in conseguenza che il possessore legittimo ed oltreannale è proprietario presunto della cosa che ritiene o del diritto che esercita; e questa che da principio è una *semplice presunzione* che deve cedere alla verità risultante da prova contraria, si trasmuta in una *pre-*

[1] Art. 2106 cod. civ.
[2] Art. 2105 cod. civ.

sunzione assoluta appena trascorso il tempo necessario alla prescrizione.

In questa condizione di cose cotanto favorevole il possessore non vorrà certamente contro il suo interesse prendere l'iniziativa e provocare il giudizio petitorio; egli ritiene la cosa, ne ritrae tutti gli utili, è considerato come proprietario, e, quando nol fosse, potrà devenirlo col tempo: che cosa può desiderare di più? Non vorrà perciò il possessore rendere deteriore la sua condizione col promovere un giudizio sulla proprietà e coll' assumersi conseguentemente nella sua qualità d'attore l'obbligo di provare il diritto di possedere — *Is qui agit non possidet.* [1]

Nel giudizio petitorio il possessore sosterrà dunque le parti di convenuto; e quando si limiti a negare il diritto dell' attore, farà su questo cadere intieramente il carico della prova per la regola — *onus probandi incumbit illi, qui agit* [2] — e, se l'attore venisse meno nella prova, uscirà vittorioso dal giudizio petitorio.

Tale è la condizione giuridica del possessore legittimo ed oltreannale di un certo e determinato immobile o d' una universalità di mobili — Ma è dubbio assai grave se lo stesso si debba dire del possessore d'un diritto proveniente da' frazionamenti della proprietà, per esempio, del possessore d'una servitù. Il dubbio nasce da ciò che la presunzione favorevole al possessore si trova in conflitto con un'altra presunzione favorevole al proprietario; la *libertà del fondo,* quale delle due dovrà prevalere?

[1] §. 2 I., *de action.* IV, 6 - *Qui possidet et contendit, Deum tentat et offendit.* —

[2] L. 2 *de prob.* XXII, 3.

Eliminiamo anzitutto l'ipotesi di servitù *continue non apparenti* e di servitù *discontinue;* il possesso di queste non giova a nulla, perchè non si possono costituire che mediante un titolo.[1] Da ciò ne deriva che chi pretende avere sul fondo altrui una servitù continua non apparente od una servitù discontinua, non può invocare il possesso, ancorchè diuturno, immemoriale nel giudizio petitorio, ma deve altrimenti somministrarne la prova. La questione dunque riguarda soltanto le servitù *continue ed apparenti,* le quali sono suscettive di possesso[2] e si possono acquistare colla prescrizione.[3]

Ciò posto, sembra a primo aspetto che nel conflitto debba prevalere la presunzione favorevole al possessore, poichè si può dire che se il possesso legittimo ed oltreannale induce una presunzione di proprietà a favore di chi possiede come proprietario, non v' è ragione per cui non debba indurre una presunzione ugualmente efficace a favore di chi esercita il diritto di servitù come titolare di essa — Rispetto alla servitù, si può aggiungere, il possesso diverrebbe affatto inutile, quando nel giudizio petitorio dovesse pur sempre il possessore, non ostante la sua qualità di convenuto, somministrare la prova del suo diritto: cosa che non sarebbe conforme all' intenzione del legislatore, il quale dichiarò suscettive di possesso e di prescrizione le servitù continue ed apparenti.

Noi teniamo tuttavia che debba prevalere nel giudizio petitorio la libertà del fondo per la ragione che il giudizio possessorio non può mutare in alcuna

[1] *V. sopra* § 48.
[2] Art. 685, 694 cod. civ.
[3] Art. 617, 618, 629 cod. civ.

guisa gli elementi del giudizio petitorio: salvo il provvedimento temporaneo intorno al possesso, integra si mantiene la rispettiva condizione giuridica delle parti nella questione di merito — Se l' attore in petitorio, trattandosi della proprietà, ha il carico di somministrare la prova del suo diritto, ciò avviene non tanto in virtù del possesso, quanto per effetto dei canoni di diritto probatorio, che impongono all' attore l' obbligo di provare gli estremi della sua azione: trattandosi invece di servitù che viene a limitare la libertà del fondo generalmente presunta, li stessi canoni di diritto probatorio impongono l' obbligo della prova a colui che se ne pretende il titolare — Nè con ciò inutile si rende il possesso della servitù, poichè mentre intanto procura al possessore l' esercizio attuale del diritto, gli può inoltre, quando non venga posteriormente interrotto, servir di mezzo per acquistare il diritto stesso colla prescrizione.

Da quanto si è detto si può vedere come l' *azione di manutenzione* in possesso secondo il codice civile diversifichi dalle azioni possessorie secondo il diritto romano. Nella romana legislazione le azioni possessorie — *interdicta* — erano *personali*, [1] perchè tendevano a reprimere i fatti perturbativi del possesso, i quali davano origine ad una obbligazione e ad una corrispondente azione personale contro il perturbatore — Nel diritto moderno invece l' azione di manutenzione in possesso tende a tutelare un diritto reale, sebbene semplicemente presunto, da questo piglia natura e carattere, [2] ed è un' azione *reale*.

[1] L. 1 § 3 *de interd.* XLIII, 1. — *Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.*

[2] *V. sopra* §. 48.

L' azione di manutenzione ha per effetto di conservare al possessore il possesso legittimo e nulla più; non potrebbe dunque in virtù di quest' azione il possessore chiedere il risarcimento dei danni. Ma vuolsi osservare che quei fatti stessi, i quali turbano il possesso e danno luogo all' esercizio dell' azione possessoria, ne assoggettano l' autore alla personale obbligazione di tenere indenne il possessore; e così all' azione reale di manutenzione viene ad aggiungersi come accessoria l' azione personale contro il perturbatore, con cui il possessore può domandare il risarcimento di tutti i danni sofferti in conseguenza del turbato possesso — *Quanti uniuscujusque interest possessionem retinere.* [1] —

§ 52. Azione di reintegrazione in possesso.

Azione di reintegrazione in possesso — Diritto romano — Diritto canonico — Diritto moderno — Estremi di quest'azione — Confronto tra l' azione di manutenzione e l' azione di reintegrazione in possesso.

L' azione di reintegrazione in possesso serve a far ricuperare al possessore in caso di spoglio violento od occulto il possesso perduto in un col rifacimento dei danni.

A chi fosse stato violentemente od occultamente spogliato del suo possesso la legge romana concedeva all' indicato fine gli interdetti *recuperandæ possessionis,* [2] e il diritto canonico l'azione *reintegrandæ pos-*

[1] L. 3 § 11 *uti possid.*, XLIII, 17.

[2] Questi erano 1° l'interdetto *unde vi* o *de vi,* nel quale si sono fusi i due antichi interdetti *de vi quotidiana* e *de vi*

sessionis o *de spolio*, [1] che accolta prima dalla pratica del foro, passò nei moderni codici civili. [2]

Il sistema del diritto canonico si riassume in questa massima divenuta famosa — *spoliatus ante omnia restituendus* — chi è stato cioè violentemente od occultamente spogliato deve anzitutto essere reintegrato nel suo possesso — Segue da ciò che l'azione di reintegrazione propriamente non tende a tutelare il possesso, ma a punire l'agente che in vece di rivolgersi al giudice, ebbe ricorso a vie di fatto per conseguire il suo intento. Chi ricorre alla violenza perturba l'ordine sociale e la pace pubblica, e per ciò solo rimane senza più obbligato a riparare le conseguenze dell'atto illegale colla restituzione immediata del possesso al possessore insieme al risarcimento dei danni [3] — Invano l'autore dello spoglio violento od occulto produrrebbe a sua difesa i titoli più evidenti per dimostrare che avea diritto di fare quello che ha fatto; egli potrà certo esperire le sue ragioni in regolare giudizio, [4] ma intanto non si potrà esimere dalla restituzione immediata del possesso al possessore. [5] — Avendo l'azione di reintegrazione per unico scopo di reprimere le vie

armata (§ 6 I. *de interd.* IV, 15) — 2° l'interdetto *de clandestina possessione* che era andato in disuso fin dai tempi di Gaio (L. 6 § 5 *com. divid.* X. 3 - L. 6 § 1 *de adq. vel amit. poss.* XLI 2) - 3° l'interdetto *de precario* (L. 2 pr. § 1, L. § 3, 6 *de precario* XLIII, 26) - 4° l'interdetto *momentariæ possessionis* (L. 5; L. 7 C. *unde vi* VIII, 4) — Vedi anche L. 1 *quod vi aut. clam* XLIII, 24.

[1] Cap. 7; Cap. 18 *de restitut. spoliat.* II, 13.

[2] Art. 695 cod. civ.

[3] Art. 695, 1151 cod. civ,

[4] Art. 697 ood. civ.

[5] L. 7 *ad L. jul. de vi priv.* XLVIII. 7 — *Vis est et tunc quotiens quis id quod sibi deberi putat, non per judicem reposcit.* —

di fatto è un'azione *personale*, e perchè le si faccia luogo si richiede il concorso di due condizioni, che cioè lo spogliato avesse il possesso od almeno la detenzione al momento dello spoglio; e che lo spoglio sia stato violento od occulto.

L'azione di reintegrazione differisce dunque dall'azione di manutenzione in possesso sotto tutti gli aspetti — Quest'ultima non si può invocare se non quando si tratta di possesso d'un diritto reale immobiliare o di una universalità di mobili: la prima invece si può anche esperire rispetto alle cose mobili singolari — L'azione di manutenzione richiede un possesso legittimo: per l'azione di reintegrazione basta un possesso qualunque, anche la semplice detenzione della cosa, ed è in conseguenza proponibile anche da chi possiede a nome altrui, per esempio dal creditore pignoratizio, dal comodatario, dal depositario e simili — Per la manutenzione il possesso deve essere oltreannale: per la reintegrazione nessuna durata è prescritta, e basta che lo spogliato avesse il possesso al momento dello spoglio. — Infine l'azione di manutenzione tende a tutelare un diritto reale; ne veste la natura ed è una azione reale: l'azione di reintegrazione per contro mira a punire il fatto delittuoso dello spoglio, ed è un'azione meramente personale nel senso che lo erano gl'interdetti in diritto romano.

In ciò solo le due azioni convengono, che cioè sì l'una e sì l'altra vogliono essere proposte entro l'anno dal fatto che loro diede origine, per la ragione già indicata che in difetto il possesso potrebbe divenire legittimo nelle mani del nuovo possessore. [1]

[1] Art. 694, 695 cod. civ.

§ 53. Azioni quasi-possessorie.

Azioni quasi-possessorie — Denuncia d'opera nuova — Azione di danno temuto — Azioni per provvedimenti conservativi — Azione per inosservanza delle distanze legali nei piantamenti d'alberi e di siepi — Azione per danni e guasti dati ai fondi urbani e rustici — Azione di sfratto per locazione finita.

Col nome di *azioni possessorie* la legge chiama soltanto l'azione di *manutenzione* e l'azione di *reintegrazione* in possesso: ma oltre queste havvene di molte altre che, sebbene *possessorie* non siano nel senso rigoroso della parola; perchè tuttavia al possesso strettamente si connettono, si possono con ragione chiamare *quasi-possessorie*. Tali sono più particolarmente la *denuncia d'opera nuova* e l'azione di *danno temuto*; ed a queste si possono aggiungere l'azione per *inosservanza delle distanze legali* nei piantamenti d'alberi e siepi; l'azione pe' *danni e guasti dati ai fondi urbani e rustici* e l'azione *di sfratto per locazione finita.*

Per *opera nuova* s'intende un lavoro qualunque sul suolo, con cui si muti sensibilmente lo stato delle cose: tali sono, per esempio, le costruzioni o le demolizioni di edifizi o di muri, i rivolgimenti di terra, l'apertura di canali e simili — *Opus novum facere videtur qui aut ædificando, aut detrahendo aliquid, pristinam faciem operis mutat.* [1] La *denuncia d'opera nuova — operis novi nunciatio* — è un'azione spettante al possessore per impedire un danno che sia per derivare ad una cosa da lui posseduta da un'ope-

[1] L. 1 § 11 *de op. nov. nunc.* XXXIX, 1 — Non sarebbe *nuova opera* la semplice ristorazione d'un edificio (L. 1 § 13 *eod.*)

ra nuova da altri intrapresa e non ancora terminata. [1]

La denuncia d' opera nuova suppone nella più parte dei casi l' esistenza di due fondi contigui od almeno vicini, ed un' opera nuova sopra uno di essi; perocchè non importa che la novità si stia facendo sul proprio o sul suolo altrui — L' opera nuova deve essere cominciata ma non ancora terminata, e in ogni caso non deve essere trascorso un anno dal suo cominciamento; nel primo caso niun danno può derivare da un' opera che è solo allo stato di disegno; nel secondo vien meno lo scopo dell' azione, non essendo più possibile ottenere la sospensione d' un lavoro già condotto a compimento; nel terzo caso, nasce a favore dell' autore della novità una presunzione di diritto, per cui può chiedere ed ottenere di esserne mantenuto in possesso — Infine vi deve essere un timore fondato e non imaginario che dalla nuova opera sia per derivare un danno ad un immobile o ad un diritto reale o ad altro oggetto dal vicino posseduto — Concorrendo queste condizioni, il possessore minacciato può denunziare al giudice la nuova opera e chiedere la sospensione del lavoro sino a che siasi pronunciato definitivamente sul diritto — Il giudice, presa sommaria cognizione del fatto, emana un provvedimento con cui secondo le circostanze vieta o permette la continuazione dell' opera, ordinando nell' uno e nell' altro caso le opportune cautele pel risarcimento dei danni provenienti dalla continuazione o sospensione dell' opera a favore della parte che uscirà vittoriosa nella questione di merito. [2]

[1] Art. 698 cod. civ.

[2] Art. 698 cod. civ.

Il danno temuto — *dammum infectum* — non è altro che il danno imminente — *Dammum infectum est dammum nondum factum, quod futurum veremur.* [1]

L' *azione di danno temuto* spetta al possessore che ha ragionevole motivo di temere che sovrasti a cosa da lui posseduta il pericolo d'un danno grave e prossimo da un edifizio, da un albero o da un altro oggetto del vicino, per chiedere al giudice che ingiunga al convenuto o di ovviare al pericolo o di dar cauzione pel risarcimento dei danni possibili. [2]

Fra le azioni quasi possessorie dobbiamo pure annoverare tutte quelle altre che tendono ad ottenere un provvedimento meramente conservativo e di sua natura temporaneo, come, per esempio, quella con cui il creditore che sia in pericolo di perdere le guarentigie del suo credito, chiede il sequestro dei beni mobili spettanti e delle somme dovute al suo debitore. [3]

Nell' interesse reciproco dei proprietari di fondi contigui si devono nei *piantamenti d'alberi e siepi* osservare certe distanze determinate dai regolamenti locali e in mancanza di questi dalla legge. [4] Il vicino può esigere che si estirpino gli alberi e le siepi che si piantassero o nascessero a distanze minori, [5] per impedire il danno che avrebbe, quando projettando le radici nel fondo ne venissero a prendere alimento, o sul fondo protendendo i rami gli togliessero il beneficio del sole — Che anzi, anche nel caso che le pian-

[1] L. 2 *de damn infect.* XXXIX, 2.
[2] Art. 699 ed art. 1155 cod. civ
[3] *V.* art. 924 cod. pr. civ.
[4] Art. 579, 580 cod. civ. — *V.* L. 13 *finium reg.* X, 1; L. 1 *de arb. cæd.* XLIII, 27.
[5] Art. 581 cod. civ.

te e le siepi si trovino a distanza legale, quegli sul cui fondo si protendono i rami degli alberi del vicino, può sempre costringerlo a tagliarli e può egli stesso tagliare le radici che nel suo fondo s' addentrino. [1] Notiamo che la legge parla soltanto delle distanze nei *piantamenti d' alberi e di siepi*, e non di quelle da osservarsi in alcune costruzioni o scavamenti, [2] poichè, le costruzioni o scavamenti costituendo una novità, il vicino provvede a sè colla denuncia d' opera nuova.

Un' azione speciale compete pure al proprietario o possessore per *danni e guasti dati ai fondi urbani e rustici*, la quale azione s' estende anche ai danni dati agli accessorii di detti fondi, ossia alle cose immobili per accessione, come sono le siepi vive o morte, le piante ed i frutti; [3] e noi crediamo che s' estenda anche ai danni dati alle cose immobili per destinazione, come sono gli strumenti ed animali addetti al servizio del fondo, i conigli, i piccioni, gli alveari, i torchi, le caldaje, i tini, le botti e simili [4] — Del resto il danno si deve risarcire comunque siasi recato per dolo come per colpa, per fatto proprio come per un fatto altrui, che si fosse dovuto e potuto impedire, come pure per fatto degli animali, anche in tempo che questi per essere fuggiti o smarriti non si trovino sotto la custodia del proprietario. [5]

L' azione di *sfratto per locazione finita* spetta al locatore per rientrare in possesso della cosa locata al termine della locazione [6] — Appena finita la du-

[1] Art. 582 cod. civ.
[2] Art. 570, 574, 575, 578 cod. civ.
[3] Art. 82 - 1.° cod. pr. civ. art. 409, 410, 411, 412 cod. civ.
[4] Art. 413 cod. civ.
[5] Art. 1151 - 1154 cod. civ.
[6] Art. 82 - 5° cod. pr. civ.

rata della locazione, si deve dal locatario dismettere la cosa locata; ogni ulteriore insistenza nella medesima sarebbe un' usurpazione di possesso, che fa luogo all' esercizio dell' azione di sfratto. — Intorno all' azionè di sfratto dobbiamo avvertire che, quantunque la legge parli di *locazione* in genere, avuto riguardo tuttavia all'indole ed allo scopo speciale di quest' azione ne pare che non si riferisca alla locazione d' *opere*, nè alla locazione di *cose mobili singolari.*

§ 54. Come si risolvono le questioni di possesso.

Modi con cui si risolvono le questioni di possesso — Metodo razionale — Metodo legale — Applicazione dell' uno e dell' altro al possesso — Se e come il giudice possa prendere cognizione dei titoli — Esame critico del metodo legale.

Le questioni di possesso danno luogo a provvedimenti puramente conservativi e di lor natura temporanei, duraturi cioè insino a che non venga definitivamente risolta la questione di merito. Vuolsi pertanto trovar modo di risolverle colla maggior possibile prontezza senza pregiudicare in nessun caso la questione intorno al diritto controverso.

A questo scopo due metodi si imaginarono; l' uno che si potrebbe dir *razionale* e l' altro *legale.*

Secondo il *metodo razionale* la questione possessoria vuolsi risolvere a favore di colui che offre maggiori probabilità di vincere più tardi nella questione di merito — A termini di ragione nell' idea di diritto, è virtualmente inclusa l' idea del suo esercizio; e per ciò, quando sorge questione sull' esercizio del diritto,

ossia sul possesso, questo si deve, come definitivamente così anche provvisoriamente, aggiudicare a colui che dia migliori prove di esserne il titolare — Secondo il *metodo legale* la questione deve essere provvisoriamente risolta a favore di colui che riunisca quelle date condizioni dalla legge prestabilite, senza guardare se abbia maggiori o minori probabilità di vincere poi nella questione di merito.

Il sistema razionale costituisce il diritto comune, e deve generalmente essere seguito dal giudice che abbia a dare dei provvedimenti conservativi — Il *metodo legale* invece si presenta come un' eccezione al diritto comune, e non si applica se non nei casi espressamente dalla legge indicati.

La questione possessoria secondo l' antica giurisprudenza si risolveva col metodo razionale; imperocchè era regola che — *qui potiora in petitorio jura habet, is utique etiam in possessorio vincere debet, cæteris paribus.* [1] — Nel giudizio possessorio però il giudice dovea prendere cognizione dei titoli, e secondo che maggiore o minore era il campo lasciato al giudice nell' esame dei titoli, il giudizio possessorio si chiamava *plenario*, *sommario* o *sommarissimo.* [2]

Se non che, dovendo il giudice, per risolvere la questione di possesso, prendere cognizione dei titoli in merito e su di essi fondare la sua decisione, ne viene che il possessorio irrompe nel petitorio, ossia la decisione sul possesso pregiudica la questione di proprietà. Per evitare siffatto inconveniente le moderne legislazioni al metodo razionale sostituirono il meto-

[1] Cod. fab. Lib. VIII, tit. IV. def. 3.
[2] Richeri, *Jur. univ.* t. XII, Lib. IV. tit. 35, § 79, 90, 83.

do legale, per cui il giudice, senza prendere cognizione dei titoli, deve senz' altro aggiudicare il possesso a colui che risulti aver avuto nell'*ultimo anno un possesso legittimo.*

Quando si dice che secondo il metodo legale il giudice non prende più cognizione dei titoli si deve intendere nel senso che non procede all' esame dei titoli — *ad corroborandum et confortandum possessorium* — cioè per vedere quale dei due contendenti abbia maggiori probabilità di vincere in petitorio e dargli in conseguenza la vittoria anche in possessorio. Ma può accadere che anche secondo il metodo legale il giudice debba prendere ad esame i titoli per qualificaré il possesso — *ad colorandum possessorium* — per accertare cioè se nel caso concreto concorrano le condizioni del possesso legittimo ed oltreannale — Il creditore anticretico, per esempio, pagato il debito, il conduttore, finita la locazione, non vogliono dismettere lo stabile, ed invocano a loro favore il possesso legittimo ed oltreannale; il debitore presenta l' atto d' anticresi, il locatore l' atto di locazione; il giudice ne prenderà cognizione per accertare se il possessore ebbe un possesso a nome proprio, ovvero a nome altrui — Così pure, il possessore coll' intenzione di unire al possesso proprio quello del suo autore presenta il titolo d' acquisto: e il giudice ne prenderà cognizione allo scopo di accertare se il possesso sia oltreannale — Ma, accertato il possesso legittimo ed oltreannale, il possesso è senza più aggiudicato al possessore, quantunque apparisca non avere alcun titolo alla proprietà. [1]

[1] Notiamo fin d' ora, che il *giudizio possessorio esclude il*

Il metodo legale tuttavia non incontra l' approvazione di tutti gli scrittori: è anzi vivamente censurato da alcuni per la ragione principale che, importando sempre a favore del possessore una presunzione di proprietà, viene a pregiudicare la questione di merito deteriorando la condizione del vero proprietario nel giudizio petitorio [1] — Ma rispondiamo che dal momento che la questione di possesso deve essere, sebbene in via provvisoria, risolta, sembra doversi risolvere di preferenza col metodo legale, perchè più semplice — Nè sembra poi che resti pregiudicata, come si pretende, la condizione del vero proprietario; poichè non resta mutata la rispettiva condizione giuridica delle parti rispetto al merito della controversia; e quei titoli stessi che avrebbe potuto far valere per avere il possesso gli serviranno ugualmente per ottenere la vittoria nel giudizio petitorio: dov' è dunque il pregiudizio? — Non è la manutenzione in possesso che crea a favore del possessore la presunzione di proprietà; questa sorge dal possesso stesso e dalle condizioni di

petitorio e viceversa *il giudizio petitorio esclude il possessorio.* Il che vuol dire che pendente il giudizio sul possesso non si può trattare la questione di merito, e pendente il giudizio sul merito non si può trattare la questione di possesso (art. 444 e 445 in f. cod. pr. civ.) La questione di possesso mirando a far riconoscere chi debba sostenere le parti d'attore o di convenuto, e conseguentemente a chi incomba il carico della prova in petitorio, è manifesto che ciò non si può sapere e non si può per conseguenza far luogo al giudizio petitorio prima che il giudizio possessorio sia terminato: per contro, iniziato il giudizio petitorio, diventa inutile la questione di possesso; poichè coll'iniziare il giudizio petitorio l'attore avrebbe già assunto sopra di sè il carico della prova.

[1] V. Bordeaux, *Philosophie de la pr. civ.* p. 397 ed autori ivi citati. — Pescatore, *Sposizione compendiosa ecc.* p. 288,289.

fatto che l'accompagnano; la manutenzione in possesso non fa che consacrare e mantener e temporaneamente lo stato delle cose — Posto dunque che il vero proprietario ne risenta danno, non dovrà forse imputare a sè stesso il danno che ne risente? perchè mostrarsi così negligente delle cose sue da lasciarne all' avversario per oltre un anno il possesso legittimo?

§ 55. Eccezioni.

Confessione del convenuto — Difesa negativa — Difesa nel merito — Eccezione — Eccezioni di merito — Eccezioni di metodo — Eccezioni miste.

Il convenuto o *confessa*, o si *difende* — Quando il convenuto *confessa*, ossia ammette per veri i fatti su cui si fonda il diritto e la domanda dell' attore, ne assume sopra di sè tutte le giuridiche conseguenze e pronuncia la sua propria condanna. [1] Da questo momento il giudizio è finito, o, meglio, non è cominciato.

Questo tuttavia è il caso meno frequente; più spesso il convenuto contesta i fatti dall' attore invocati e si *difende*. — Il modo più semplice di difendersi è di limitarsi a negare i fatti invocati dall' attore; sarebbe questa una *difesa negativa*. Conseguenza di tal difesa si è che l' attore deve dar prova dei fatti su cui si fonda, sotto pena di veder assolto il convenuto dall' attrice domanda secondo la regola — *Actore non probante, reus est absolvendus.* [2] Ma questo mezzo di di-

[1] L. 1 *de confess.* XLII, 2 — *Confessus pro judicato est qui quodammodo sua sententia damnatur.* —

[2] L. 4 C. *de edendo,* II, 1 — *Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstet, obtinebit.* —

fesa non è sempre efficace; poichè, somministrando l'attore la prova dei fatti, il convenuto dovrebbe nel giudizio soccombere — E per impedire che sorta effetto l'azione proposta deve ricorrere ad uno dei due altri seguenti mezzi di difesa:

1° Ammessi o provati i fatti su cui l'atttore si fonda, il convenuto loro può contrapporre altri fatti che vengano ad eliminare gli effetti giuridici dei primi — All'attore, per esempio, che chiede l'eredità e presenta il testamento in cui è scritto erede, il convenuto oppone un altro testamento con cui il precedente si è revocato; al proprietario che presenta i titoli di proprietà per la rivendicazione del fondo, il convenuto oppone la prescrizione; al mutuante che chiede la restituzione del mutuo, il convenuto oppone il già seguito pagamento — Questo modo di difesa chiamasi *difesa nel merito.*

2° Senza negare i fatti che stanno a fondamento della domanda dell'attore e senza contrapporre altri fatti che ne annullino gli effetti giuridici, il convenuto oppone un diritto, in virtù del quale la domanda dell'attore *allo stato delle cose* non potrebbe essere accolta — Il convenuto, per esempio, oppone non potersi accogliere la domanda dell'attore, perchè proposta davanti a giudice incompetente a conoscere della controversia — Questo modo di difesa prende nome di *eccezione.*

Ciò non ostante la parola *eccezione* viene sovente e dagli scrittori e dal legislatore adoperata in senso più largo da comprendere anche la *difesa nel merito*: [1]

[1] Il codice civile, per es., la prende in questo senso quando dice che il giuramento non può essere deferito dal giudice se

il che ha portato una confusione nella classificazione delle azioni — Prendendo tuttavia il vocabolo in questo senso più esteso, le eccezioni si possono distribuire in tre classi — eccezioni *di merito* — eccezioni *di metodo* — eccezioni *miste*.

Eccezioni *di merito* son tutte quelle che contengono una difesa nel merito, e perciò hanno per effetto di estinguere almeno rispetto al convenuto il diritto dell' attore — E sono, come suolsi dire, *eccezioni perentorie*.

Tutte le altre eccezioni che non si riferiscono alla difesa nel merito, si possono chiamare eccezioni *di metodo*, perchè riguardano il modo con cui l' attore fa valere il suo diritto in giudizio, e, messe a confronto colle eccezioni di merito, sono tutte *dilatorie*, poichè. lasciato intatto il diritto dell' attore, tendono sostanzialmente ad ottenere una dilazione di tempo, costringendo l' attore o a rinnovare l' iniziato giudizio od a sospenderne momentaneamente il corso — Ma, considerate rispetto alla procedura, le eccezioni di metodo si possono pure suddistinguere in perentorie e dilatorie. Le prime hanno per effetto di perimere, ossia di annullare il già iniziato giudizio, salva la facoltà all' attore di proporre la sua domanda in altro giudizio più regolare, come sarebbe la declinatoria del foro; [1] le altre per contro hanno per effetto una sospensione del giudizio, che, cessata la sospensione, ripiglierebbe suo corso ordinario, come sarebbe l' eccezione del termine per chiamare in causa il garante. [2]

la domanda o l' eccezione siano totalmente provate o totalmente mancanti di prova. (art. 1375 cod. civ.)

[1] Art. 187 cod. pr. civ.

[2] Art. 193 cod. pr. civ.

Hannovi infine eccezioni, le quali mirando al doppio scopo di perimere in tutto od in parte il diritto dell' attore e di ottenere una sospensione nel corso del giudizio possono chiamarsi *eccezioni miste* — Tale sarebbe, per esempio, *il beneficio d' ordine* spettante al semplice fideiussore. Col beneficio d' ordine il fideiussore rimane dapprima liberato dalla sua obbligazione di tanto, quanto il creditore per mezzo dell' escussione conseguirà dal debitore principale; sotto quest' aspetto il beneficio d' ordine è una vera eccezione di merito; ma nello stesso tempo il fideiussore ottiene pure una sospensione del corso del giudizio iniziato contro di lui; e sotto quest' altro aspetto il beneficio d' ordine è un' eccezione di metodo. [1]

§ 56. Valore della controversia.

Il valore della controversia influisce sulla competenza — Norme legali per determinare il valore della controversia — Azioni personali — Applicazioni diverse — Azioni reali mobiliari — Azioni reali immobiliari — Azioni aventi un valore indeterminabile.

Anche il valore della controversia influisce sulla distribuzione della giurisdizione fra i diversi tribunali.

Abbiamo già notato che, sebbene il valore della controversia non si possa rispetto ai contendenti stabilire a *priori*, si può tuttavia determinare avendo riguardo al prezzo dell' oggetto in comune commercio: e che si deve in conseguenza anche tener conto del valore della controversia per regolare la competenza. [2]

[1] *V.* art. 1907, 1908 cod. civ.
[2] *V. sopra* § 30.

La competenza per valore farà luogo senza dubbio a molte questioni incidentali: ma a siffatto inconveniente il legislatore deve provvedere per mezzo di norme certe, con cui il valore si possa facilmente e prontamente accertare senza dover ricorrere all' accesso giudiziale, a perizie, od altri troppo dispendiosi e lunghi procedimenti probatorii.

Le norme legali per determinare il valore della controversia tendono a questo scopo — Nelle *azioni personali* la norma di ragione, che pur venne seguita dalla legge vigente, non può essere se non quella che fa dipendere il valore della controversia dalla stessa *domanda* dell' attore, [1] come già stabiliva il diritto romano; [2] e la domanda si compone del capitale, degli interessi scaduti, delle spese e danni *anteriori alla domanda giudiziale*; [3] e teniamo che *le spese di protesto*, appunto perchè anteriori alla domanda giudiziale, si sommino col capitale per il calcolo del valore.

Si dubitò se, proposta una domanda di valore eccedente la competenza, l' attore possa nel corso del giudizio ridurla entro i limiti della competenza del giudice, davanti cui fu portata la causa. Pare doversi affermativamente rispondere sempre quando il convenuto non abbia ancora sollevato l' eccezione d' incompetenza [4] — Ma crediamo per contro che l' attore non potrebbe mai aumentare la sua domanda oltre la com-

[1] Art. 72 cod. pr. civ.
[2] L. 19 § 1 *de jurisdict.* II, 1 — ***Quotiens de quantitate ad jurisdictionem pertinente quæritur, semper quantum petatur quærendum est, non quantum debeatur.***
[3] Art. 72 cod. pr. civ.
[4] Borsari, *Comm.* all'art. 72 cod. pr. civ.

petenza del giudice, nemmeno *col consenso del convenuto.* [1]

Se non che in questo sistema l'attore limitando la domanda ad una somma inferiore alla dovuta, potrebbe in certi casi privare il convenuto del diritto di far decidere la controversia dal giudice competente per valore: il che avverrebbe quando la somma domandata sia *parte* d' un' obbligazione tanto maggiore da mutar la competenza del tribunale: [2] in tal caso il valore della domanda si desume dall' intera obbligazione; [3] perchè, mettendone in controversia una parte, *tota res in judicium venit.* [4] Segue da ciò che, se l' obbligazione è già in parte eseguita e la somma domandata n'è soltanto il *residuo*, da questa esclusivamente si desume il valore della domanda.

La regola, secondo cui il valore della domanda di una parte si misura dalla obbligazione intera, riceve per disposizione espressa della legge molte applicazioni. Così, nella domanda contenente più *capi distinti* che dipendano dal medesimo titolo, questi non si possono scindere, ma si sommano tutti insieme per determinare il valore [5] — Così quando uno o più attori domandino nel medesimo giudizio da uno o più convenuti la loro parte dello stesso credito, il valore della domanda si desume dalla somma totale, [6] senza distin-

[1] Arg. art. 69 cod. pr. civ. — Diversamente stabiliva il diritto romano. L. 74 § 1 *de judic.* — *Judex qui usque ad summam certam judicare jussus est, etiam de re maiori judicare potest, si inter litigatores conveniat.*

[2] Per es., se la somma domandata davanti il pretore in lire *mille* sia la metà d' un' obbligazione di lire *due mila.*

[3] Art. 72 cod. pr. civ.

[4] L. 11 § 2 *de jurisdict.* II, 1.

[5] Art. 73 cod. pr. civ.

[6] Art. 74 cod. pr. civ.

zione tra le obbligazioni divisibili ed indivisibili, tra le obbligazioni parziali e le solidarie — Parimente nelle controversie sulla *validità* e sulla *rinnovazione* della locazione di cose o di opere il valore della domanda si desume dal cumulo dei fitti, pigioni e mercedi e dei loro accessorii: [1] se però la questione si aggiri sulla *continuazione* della locazione, si porranno a calcolo, escluse le già soddisfatte, soltanto le somme dovute attualmente e per tutta la rimanente durata della locazione. [2] — Nelle controversie che riguardano rendite perpetue o temporanee di qualunque denominazione, come per esempio, rendite semplici o fondiarie, canoni enfiteutici, pensioni alimentari e simili, il valore della domanda si determina dalla somma capitale o espressa nell'atto di costituzione o rappresentata dalla rendita [3] — Infine se in seguito ad un sequestro o ad un pignoramento cadesse in questione il diritto del sequestrante o del pignorante, il valore della controversia si desume non dagli oggetti sequestrati o pignorati, ma dal credito totale per cui si è proceduto a questi atti. [4]

[1] Art. 77 cod. pr. civ.

[2] Arg. art. 72 cod. pr. civ.

[3] Art. 76 cod. pr. civ. — Si trova il capitale della rendita perpetua moltiplicando per *venti* la rendita annuale — della vitalizia e di quella duratura per oltre dieci anni moltiplicandola per *dieci* — della rendita costituita per minor tempo moltiplicandola pel *numero degli anni* della sua durata.

Se in caso di rendita o di locazione la prestazione si deve in derrate, il valore o è determinato dal titolo o è dichiarato dall'attore; in caso di non fatta dichiarazione o di dichiarazione contestata dal convenuto, il valore si desume dal prezzo medio del mercato più vicino. Art. 78 cod. pr. civ.

[4] Art. 75 — 1° cod. pr. civ. *V.* tuttavia art. 75 — 3° cod. pr. civ.

Nelle *azioni reali mobiliari*, che sono in generale parificate alle personali, il valore della controversia si determina parimente dalla domanda dell' attore; con questa avvertenza, che, se il valore non è dichiarato, la controversia si presume di competenza del giudice innanzi al quale fu portata, salvo al convenuto la facoltà d'impugnare nella prima risposta il valore dichiarato o presunto.[1] La qual regola ne sembra pure applicabile al caso, che, trattandosi di sequestro o di pignoramento, un terzo pretenda rivendicare in tutto od in parte oggetti pignorati o sequestrati, cumulando tuttavia in tal caso il prezzo di tutti gli oggetti controversi.[2]

Nelle azioni *reali immobiliari* il valore della controversia si desume dal valore dell' immobile cadente in questione: ma la difficoltà sta appunto nel determinare il valore dell' immobile: al quale scopo il legislatore poteva prendere diverse norme o *titoli* da cui risulti del prezzo d' acquisto, vale a dire — o la *rendita* determinata dal fitto reale o presunto — o le *perizie ed informazioni* prese in epoca prossima e non sospetta — o infine il *tributo prediale*, che è quello realmente scelto dal legislatore, perchè si può sempre facilmente e prontamente accertare.[3] — Un siffatto

[1] Il giudice in tal caso decide *allo stato degli atti* se il valore della causa sia nei limiti di sua competenza (Art. 80 cod. pr. civ.)

[2] Art. 75 - 2° cod. pr. civ.

[3] Se la questione cade sulla *proprietà piena* il valore dello stabile si calcola moltiplicando per cento il tributo prediale — se cade sulla *nuda proprietà*, sull' *usufrutto*, *uso* od *abitazione*, il valore si trova moltiplicando il tributo prediale per cinquanta — se cade su d'una *servitù prediale* il valore si determina dal fondo serviente, il quale a sua volta si ottiene moltiplicandone

criterio non darà sempre il valore reale ed effettivo dello stabile; ma ha il grande vantaggio di troncare nel modo più facile, spedito e prossimo al vero ogni questione incidentale sul valore dell' immobile.

Se con alcuna delle norme sin qui indicate non sia possibile determinare il valore del diritto cadente in questione, o il diritto sia per sua natura inapprezzabile, come per esempio accade nelle controversie di stato, per ciò solo che il valore non si può determinare il diritto si reputa di un valore superiore.

per cento il tributo prediale— se infine si tratta di ristabilimento dei confini il valore si misura dal tributo prediale moltiplicato per cento proporzionato alla striscia di terreno che cade in controversia (Art. 81 cod. pr. civ.)

TITOLO II.

COMPETENZA PER MATERIA

§ 57. Determinazione generale della competenza per materia.

Competenza di diritto comune — Tribunale civile e corte d'appello — Competenza eccezionale di altri tribunali e giudici — Norma d'interpretazione.

La pienezza della *giurisdizione civile*, prendendo questa parola nel senso più esteso per designare ogni giurisdizione che penale non sia, risiede nel *tribunale civile* [1] in primo grado e in secondo grado nella *corte d'appello* [2] — Ma dalla giurisdizione del tribunale civile e della corte d'appello la legge stacca poi una frazione considerevole, che attribuisce in diversa proporzione ad altri tribunali e giudici, vale a dire al *consiglio di stato*, alla *corte dei conti*, ai *consoli* ed ai *tribunali consolari*, ai *tribunali di commercio*, ai *pretori* ed ai *conciliatori*, e perfino ai *giudici e tribunali penali*.

La *competenza per materia* del tribunale civile e della corte d'appello costituisce il diritto comune, e

[1] Arg. art. 84 cod. pr. civ.
[2] Arg. art. 87 cod. pr. civ.

quella degli altri tribunali non è che una competenza di diritto eccezionale. Laonde ogni controversia civile di qualunque natura, di qualunque valore si deve proporre al tribunale civile, salvo che la legge abbia espressamente stabilito per essa una competenza speciale; e poichè il diritto singolare non ammette interpretazione estensiva, se rispetto ad una data controversia sorgesse dubbio sul tribunale competente, deve nel dubbio prevalere la competenza del tribunale civile — Esaminando in conseguenza la distribuzione della giurisdizione fatta in via di eccezione fra i diversi tribunali, conosceremo quale sia in ogni caso il tribunale competente per materia.

§ 58. Competenza del consiglio di stato.

Competenza del consiglio di stato — Conflitti tra l'autorità amministrativa e la giudiziaria — Controversie concernenti il debito pubblico — Libertà religiosa — Sistema dei concordati — *Regium exequatur* — Appello per abuso — Ricorso per annullamento delle sentenze della corte dei conti.

Le controversie di *contenzioso civile amministrativo* son devolute per regola generale alla giurisdizione ordinaria: [1] ma per eccezione alla regola il *consiglio di stato* esercita giurisdizione propria pronunciando definitivamente — 1.° sui conflitti tra l'autorità amministrativa e la giudiziaria — 2.° sulle controversie fra

[1] L'art. 2 della L. sul *contenzioso amministrativo* del 20 Marzo 1865 n. 2248 alleg. *E* dice: *Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico comunque possa essere interessata la pubblica amministrazione*....

lo stato ed i suoi creditori riguardanti l' interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e delle altre sul debito pubblico — 3.° sui provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle potestà civili ed ecclesiastiche — 4.° sui ricorsi per annullamento delle sentenze della corte dei conti in materia di contabilità e sulle altre materie che dalle leggi generali del regno sono deferite al consiglio di stato. [1]

Raramente accadrà che si sollevino conflitti positivi o negativi tra l' autorità amministrativa e la giudiziaria, essendo regola che ogni questione di contenzioso amministrativo è di competenza dei tribunali ordinari se non è dalla legge esplicitamente devoluta a corpi amministrativi. I conflitti tuttavia sono possibili, e in previsione di quest' eventualità la legge fra i diversi sistemi che si mettono in campo [2] ha scelto quello di affidarne la risoluzione in forma di giudizio al consiglio di stato, [3] risoluzione che forse più conveniente era conferire alla corte di cassazione.

Le controversie tra lo stato ed i suoi creditori concernenti i contratti di prestito pubblico, che la legge conferisce pure al consiglio di stato, per essere d' una importanza maggiore non mutano la loro intrinseca natura e sostanzialmente non differiscono da quelle che nascono da convenzioni seguite tra privati e privati. Pare adunque che per tale genere di questioni

[1] Art. 10 della L. *sul consiglio di stato* del 20 marzo 1865 n.° 2248 alleg. *D.*

[2] Per risolvere questi conflitti si riproducono gli stessi sistemi che già abbiamo accennato parlando dei conflitti tra la corte di cassazione ed il tribunale di rinvio *V. sopra* § 36.

[3] Quanto alla procedura a seguirsi per la risoluzione del conflitto *V.* art. 30 - 33 del R. Decreto 1° giugno 1865 n. 2328.

sarebbe pure da preferirsi la giurisdizione dei tribunali ordinari, e, secondo noi, la corte di cassazione. — Tuttavia l'importanza stessa della controversia, l'interesse ed il credito dello stato, l'urgenza della soluzione, e d'altro canto l'autorità del consiglio di stato composto d'uomini eminenti hanno determinato il legislatore a fare una così grave deviazione dal diritto comune. [1]

La giurisdizione del consiglio di stato intorno alle attribuzioni rispettive delle potestà civili ed ecclesiastiche concerne più particolarmente l'*appello per abuso*.

La *libertà religiosa*, che comprende la libertà di *coscienza*, e di *culto* e insieme la *libertà della chiesa*, ossia dell'associazione dei fedeli per l'esercizio del culto, è un diritto individuale preziosissimo che deve essere dalla legge tutelato come la libertà del pensiero e della sua manifestazione. A ciascuno deve essere lecito seguire e professare quella fede che meglio crede convenire alla divinità; e questa libertà non può incontrare altri limiti, tranne quelli determinati dalla necessità di mantenere la coesistenza di un'altra fede o culto, che altri cittadini hanno uguale diritto di liberamente abbracciare. Il magistero del potere sociale in quest'argomento è semplicemente negativo, poichè deve limitarsi ad impedire ed, occorrendo, a reprimere quegli atti che s'oppongono al libero esercizio del culto. [2]

[1] Quanto alla procedura da osservarsi in queste questioni *V.* art. 39 - 42 del R. Decreto 1.° giugno 1865 n.° 2323.

[2] Secondo l'art. 1 dello statuto la legge non può restringere la libertà del culto cattolico; ma può restringere l'esercizio dei culti dissidenti, purchè non si violi il principio della *tolleranza* che lo statuto loro assicura, e nel linguaggio legale *tollerare* è *permettere, riconoscere*. Ma nulla impedisce che la legge

Nelle attuali condizioni della società le idee sono ancora ben lunge dall'accettare i principii razionali in questa materia. Invece di considerare la *religione* come un diritto individuale e la *chiesa* come un' applicazione del diritto di libera associazione, si ritiene quest' ultima come un potere esteriormente organato, supremo nel suo genere ed indipendente non solo in sè stesso, ma anche di fronte allo stato, col quale viene a trattare da pari a pari — Questo sistema fonda le relazioni tra la chiesa e lo stato sopra un dualismo funesto non meno alla pace della coscienza ed alla libertà religiosa, che al progresso civile e politico: è il sistema che diede luogo a tutte quelle lotte vivissime tra la chiesa e lo stato, per comporre le quali si fece per lungo tempo ricorso ai *concordati*; ma inutilmente. Imperocchè mentre i bisogni della chiesa sono permanenti ed immutabili come la verità di cui è custode, quelli dello stato variano col variare dei tempi, e conseguentemente tosto o tardi accadrà che lo stato per provvedere, come deve, ai nuovi bisogni della società, dovrà rivendicare la sua libertà d'azione non ostante il concordato.

In questo sistema lo stato ha sempre ragione di temere il potere invadente dalla chiesa; e per difendersi da aggressioni di tal fatta e mantenere integri i diritti del principato fece da antico tempo ricorso al *regium exequatur* ed all'*appello per abuso*. —

Il *regium exequatur* importa che senza il consenso del governo non si può dare esecuzione ai provvedi-

possa dare ai culti dissidenti una libertà uguale a quella del culto cattolico. Tale è la sola interpretazione legale che si possa secondo noi dare a quest' art. dello statuto.

menti ecclesiastici provenienti da prelati residenti all'estero. È una specie di preventiva censura esercitata in via amministrativa dal governo, che non permette siano eseguiti siffatti provvedimenti quando tema derivarne un danno allo stato — Il *regium exequatur*, secondo noi, non è conforme al principio della libertà della chiesa, è inutile in un paese dove è un diritto dei cittadini la libertà della stampa, e non è necessario allo stato che può aver mezzi di difesa più che sufficienti nel diritto comune.

L' *appello per abuso* tende a far annullare i provvedimenti dei prelati residenti nello stato, contrari al diritto privato o pubblico, e di punirne gli autori con sequestri di temporalità ed, occorrendo, anche collo sfratto dallo stato — L' appello per abuso, sebbene si promovesse in forma di giudizio, nella sostanza era una misura d' ordine pubblico conforme ai principii ed all' indole d' un governo assoluto, che più non potrebbe convenire allo spirito di libertà che informa i nuovi ordini liberi — I principii proclamati dallo statuto, che la legge è uguale per tutti; [1] che niuno può essere arrestato e tradotto in giudizio se non nei casi e nelle forme che la legge prescrive; [2] che niuno può essere distolto dai suoi giudici naturali; [3] che non potranno essere creati tribunali o commissioni straordinarie, [4] dimostrano che il prelato colpevole debbe essere assoggettato alla giurisdizione ordinaria e punito conformemente al diritto comune, come del resto già stabilisce la vigente legislazione [5] — Se non

[1] Art. 24 dello statuto.
[2] Art. 26 dello statuto.
[3] Art. 71 dello statuto.
[4] Art. 71 dello statuto.
[5] *V.* art. 193, 268, 269, 270 cod, pen.

che, senza pregiudizio del procedimento penale contro il prelato, restano ad eliminarsi gli effetti dell' emanato provvedimento: a questo scopo la legge ha creduto conveniente aprir la via ad un giudizio davanti il consiglio di stato, il quale può dichiarar nullo il prelatizio decreto, ordinare il sequestro di temporalità, ed emanare quegli altri provvedimenti, che si credono necessari a mantenere incolumi i diritti della podestà civile e la generale sicurezza. [1]

Infine il consiglio di stato è competente a pronunciare su tutte quelle *altre materie che le leggi generali gli deferiscono* — In applicazione di questa disposizione esercita una giurisdizione speciale sui richiami per revoca di concessioni di miniere; [2] non che sui ricorsi per annullamento delle sentenze della corte dei conti in materia di contabilità, come nel paragrafo seguente.

§ 59. Competenza della corte dei conti.

Corte dei conti — Giurisdizione della corte dei conti — Pensioni di riposo — Contabilità — Agenti contabili dello stato e di altri pubblici istituti — Revocazione e ricorso per annullamento in materia di contabilità.

La *corte dei conti*, di cui le primitive origini nei dominii di casa Savoia risalgono al decimoquarto secolo, [3] ha per uffizio di vegliare alla contabilità dello

[1] Quanto al modo di procedere in questo giudizio *V.* art. 24 - 38 del R. Decreto 1° giugno 1865 n.° 2323.

[2] *V.* art. 166 della *Legge sulle miniere, cave ed usine* del 20 novembre 1859.

[3] Quanto alle vicende e trasformazioni della corte dei conti *V.* G. E. Gabelli, *Il diritto amministrativo italiano*, n. 47.

stato e di pronunciare inoltre in via contenziosa sulle controversie che si riferiscono alle *pensioni* ed ai *resoconti economici* degli agenti dell'amministrazione. [1]

La *pensione di riposo*, dovuta per legge all'impiegato che ha fedelmente servito lo stato ed è stato ammesso a goderne, è un diritto che fa parte del suo patrimonio. Se però nella liquidazione della pensione il privato si crede leso dal decreto della corte dei conti incaricata della liquidazione, può far valere le sue ragioni in giudizio; e il giudizio si promove davanti la stessa corte dei conti che *a sezioni riunite* pronuncia definitivamente in prima ed ultima instanza. [2]

Alla corte dei conti sono parimente devolute le controversie che riguardano la *resa dei conti* da farsi dagli agenti contabili, che appartengono od all'amministrazione dello stato od alla amministrazione di altri pubblici istituti, come sarebbero le provincie e i comuni — Nell' interesse dell' amministrazione e degli amministratori dell' una e dell' altra specie vuole la legge che alle controversie concernenti la resa dei conti sia data la forma d' un giudizio, in cui le parti interessate possano proporre le loro ragioni; con quest' avvertenza tuttavia, che, trattandosi di contabili verso lo stato la controversia si deve proporre immediatamente alla corte dei conti, la quale pronuncia in prima ed ultima instanza; trattandosi invece di contabili verso le altre pubbliche amministrazioni si deve proporre in primo grado al *consiglio di prefettura* e in appello alla *corte dei conti*. [3]

[1] *V.* L. *Sulla corte dei conti* 14 agosto 1862, n. 800 — ed il R. Decreto 5 ottobre 1862, n. 884.

[2] Art. 11 e 33 L. cit.

[3] Quanto al metodo di procedere. *V.* art. 9 - 34, 35 - 48 del Decret. cit.

In materia di contabilità la sentenza della corte dei conti può ancora essere impugnata col ricorso per *revocazione* e col ricorso per *annullamento*, che si possono esperire tanto dall' agente contabile, quanto dal pubblico ministero; ma questi essendo rimedii straordinari non potranno mai sospendere l'esecuzione delle decisioni impugnate. [1] — Si fa luogo alla *revocazione* per errore di fatto, come se la decisione sia stata pronunciata sopra documenti falsi, se siano riconosciute delle omissioni o doppio impiego, ovvero l' errore risulti da documenti nuovi, o infine si scopra un errore di calcolo. La revocazione si propone davanti la stessa corte dei conti. [2]

Quando poi la decisione della corte dei conti implichi un eccesso di potere o incompetenza per ragion di materia, si fa luogo al ricorso per *annullamento* che si propone al consiglio di stato; [3] al quale essendo già affidata la risoluzione dei conflitti tra l'autorità giudiziaria e l'amministrativa, era pur conveniente deferire la soluzione del conflitto cui può far luogo un eccesso di potere per parte della corte dei conti. Se nel giudizio per annullamento il consiglio di stato, che pronuncia pure in tal caso *a sezioni riunite*, annulla la decisione, la causa è rinviata alla corte dei conti, la quale deve uniformarsi alle *massime di diritto* stabilite dal consiglio di stato. [4]

[1] Art. 42 L. cit.
[2] Art. 44 L. cit.
[3] Art. 43 L. cit.
[4] Art. 43 L. cit.

§ 60. Competenza dei consoli e dei tribunali consolari.

Regola generale e limitazione — Competenza dei consoli — Competenza dei tribunali consolari.

Per ragioni che già abbiamo esposto più innanzi, [1] la giurisdizione civile e commerciale rispetto ai nazionali residenti all' estero e non soggetti alla giustizia locale è affidata ai *consoli* ed ai *tribunali consolari;* solo si eccettuano le questioni concernenti lo *stato civile* delle persone, che rimangono sempre riservate ai tribunali del regno, salva tuttavia alla giurisdizione consolare la cognizione di tali questioni in via incidentale; nel qual caso tuttavia gli effetti della sentenza saranno limitati alla specie decisa.[2]

Il console fa dapprima le funzioni *di conciliatore* e s' adopera, se richiesto, per comporre amichevolmente le controversie insorte fra nazionali e nazionali, fra questi e i sudditi esteri; [3] conosce inoltre delle questioni fra i nazionali come *arbitro* in caso di compromesso che l' autorizzi a pronunziare senza formalità e senza appello, come amichevole compositore; [4] pronuncia infine come *giudice* nelle controversie di qualunque natura, civili e commerciali, di minore importanza, cioè sino al valore di lire cinquecento, non che nelle controversie più urgenti senza limite di valore, quali son quelle fra gli individui componenti gli equipaggi dei bastimenti nazionali di commercio, quelle concer-

[1] *V. sopra* § 33.
[2] Art. 65, 79 della L. *sui consolati* 28 gennaio 1866, n.° 2804.
[3] Art. 58 L. cit.
[4] Art. 59 L. cit.

nenti i salari, gli alimenti e qualsiasi altra obbligazione dipendente dalla navigazione, come pure quelle riguardanti le somministranze da farsi dai capitani o dai patroni ai marinai lasciati a terra — Le sentenze dei consoli sono inappellabili. [1]

Tutte le altre controversie sono devolute ai tribunali consolari. [2]

Dalle sentenze dei tribunali consolari è concesso l'appello ai tribunali del regno, a meno che la controversia non ecceda il valore di lire millecinquecento; nel qual caso il tribunale consolare pronuncia in primo ed ultimo grado, [3] salvo tuttavia il ricorso per cassazione. [4]

§ 61. Competenza dei tribunali di commercio.

Controversie affidate ai tribunali di commercio — Atti essenzialmente civili — Atti essenzialmente commerciali — Lettere di cambio e biglietti all'ordine — Impresari di spettacoli pubblici — Armatori e capitani di nave — Atti civili, che diventano commerciali avuto riguardo allo scopo con cui si fanno — Atti civili per una parte e commerciali per l'altra — Questioni civili incidenti nella questione commerciale — Incidente sulla qualità di commerciante o di socio in una società commerciale — Competenza sulle questioni concernenti i fallimenti.

Le *cause civili*, che per diritto comune sarebbero di competenza dei *tribunali civili*, quando si riferiscono

[1] Art. 77 L. cit.

[2] Art. 78 L. cit.

[3] Art. 105 L. cit. — L'appello si propone alla corte d'appello di Genova per le sentenze pronunciate dai tribunali consolari sedenti in Africa, escluso l'Egitto, per quelle pronunciate da tutti gli altri tribunali consolari l'appello si propone alla corte d'appello di Ancona.

[4] Art. 168 L. cit.

ad *atti commerciali*, sono invece affidate alla cognizione dei tribunali di commercio; [1] ed atti di commercio sono quelli che si fanno intorno alle merci a fine di traffico e di lucro. [2]

A tre classi si possono ridurre gli atti giuridici: atti essenzialmente civili, atti essenzialmente commerciali, ed atti civili per loro natura, ma commerciali avuto riguardo allo scopo con cui si fanno.

Sono *atti essenzialmente civili* quelli, in cui non è possibile concepire lo scopo di traffico e di lucro: tali sono, per esempio, la donazione tra vivi, la costituzione di dote, o di rendita temporanea o perpetua, l' enfiteusi e simili — Questi atti sono e rimangono civili da chiunque siano fatti, ancorchè fatti da commercianti; e tutte le controversie che a questi atti si riferiscono sono di esclusiva competenza del tribunale civile. —

Sono per contro *atti essenzialmente commerciali* quelli che necessariamente suppongono lo scopo di traffico e di lucro. Tali sono le imprese di manifatture, di commissioni, di trasporti, di somministrazioni, d'agenzie, d' uffizi d' affari, e di spettacoli pubblici; tali sono tutte le operazioni di banca o di cambio; tali pure sono tutte le operazioni concernenti il commercio marittimo [3] — Questi atti sono e rimangono parimente atti commerciali da chiunque fatti, anche da non commercianti; e non v' è dubbio che tutte le

[1] Art. 85 cod. pr. civ.

[2] La competenza dei tribunali di commercio dipende dalla natura commerciale dell'atto: in questo senso si può dire che sia più *reale*, che *personale*. *V.* BONNIER, *Éléments d'organ. jud. et de proc. civ.*, I, 197 — GOUJET ET MERGER, *Diction. de droit comm. V. Competence.* 14.

[3] Art. 2 cod. comm.

controversie che a questi atti si riferiscono sono di competenza del tribunale di commercio. [1]

Fra gli atti essenzialmente commerciali abbiamo accennato le *operazioni di cambio*, e fra queste certo si comprendono le operazioni di *cambio locale*, che si fanno mediante *lettera di cambio* — Sono dunque di competenza del tribunale di commercio le controversie concernenti le *tratte*, le *rivalse*, gli *avvalli* e le *girate* delle lettere di cambio validamente fatte *tra ogni sorta di persone*, anche nel caso che la firma di un non commerciante sia soltanto reputata *una semplice obbligazione civile*. [2]

La competenza del tribunale di commercio non è così assoluta riguardo ai *biglietti all'ordine* — Se nel biglietto all'ordine è espressa una causa commerciale, esso è parificato, quanto alla competenza, alla lettera di cambio; ed è sempre competente il tribunale di commercio anche nel caso che la firma d'un non commerciante sia reputata una semplice obbligazione civile [3] — Lo stesso è a dirsi nel caso che, non essendovi espressa una causa commerciale, il biglietto all'ordine porti la firma di persone commercianti; la sola firma d'un commerciante induce la presunzione che la causa sia commerciale, presunzione che non cessa se non quando sia espressa nel biglietto stesso una causa diversa dagli atti di commercio [4] — Da ciò si deduce che il biglietto all'ordine nel quale sia espressa una causa diversa dagli atti di commercio, non è un

[1] Art. 723 - 1° cod. comm.
[2] Art. 2 - 6°, 199, 273 - 2° cod. comm.
[3] Art. 2 - 7°, 723 - 2° cod. comm.
[4] Art. 3 - 2° cod. comm.

atto commerciale, quantunque porti la firma di persone commercianti; che non è parimente atto commerciale il biglietto all'ordine in cui non sia espressa una causa commerciale, quando abbia soltanto la firma di non commercianti; che in conseguenza tutte le controversie che vi si riferiscono si devono nell'uno e nell'altro caso proporre esclusivamente al tribunale civile.

Le imprese di spettacoli pubblici e le operazioni concernenti il commercio marittimo sono pure atti essenzialmente commerciali. Non v'è dubbio però che gli impresari di spettacoli pubblici, gli armatori, e i capitani di nave possono essere dai terzi convenuti davanti il tribunale di commercio: [1] ma si poteva dubitare se il tribunale di commercio fosse pure competente rispetto alle controversie tra gli impresari di spettacoli pubblici e gli artisti di teatro, tra gli armatori ed i capitani di nave, tra gli armatori o i capitani di nave e i loro commessi o i passeggieri, per la ragione che il contratto che passa tra queste persone si potrebbe considerare come una semplice locazione d'opere di sua natura civile. Il novissimo codice di commercio ha risolto il dubbio nel senso che si debba ritener competente anche per siffatte controversie il tribunale di commercio. [2]

Infine vi sono atti che per loro natura sono civili, ma che diventano commerciali avuto riguardo allo scopo per cui si fanno, quando cioè si fanno collo scopo di ricavarne un guadagno col traffico: tali sono le vendite, la locazione di cose, il mutuo e simili.

[1] Art. 723 - 3° cod. comm.
[2] Art. 723 - 4° 5°, 6° cod. comm.

Così, io compro delle merci per sopperire ai bisogni della mia famiglia, e l'atto non è commerciale; io compro delle merci con animo di ricavarne un lucro colla rivendita e l'atto è commerciale; e conseguentemente nel primo caso è competente il tribunale civile, nel secondo il tribunale commerciale per tutte le controversie che vi si riferiscono.

Deducendosi il carattere commerciale dell' atto esclusivamente dallo scopo di lucro che si è proposto l'agente, ne segue che la *professione* dei contraenti non modifica in nulla lo stato delle cose; quando è fatto con intenzione di lucro, l' atto è commerciale; e quando invece è fatto senza intenzione di lucro, l' atto è civile, senza distinguere se sia fatto da commercianti o da non commercianti — Fra questi e quelli tuttavia corre una differenza, d'altronde molto importante, che cioè, se l'atto è fatto da un commerciante, si presume fatto con intenzione di lucro e perciò commerciale; laddove l'intenzione di lucro non si presume quando sia fatto da un non commerciante. [1]

Dal momento che l'atto assume il carattere commerciale dallo scopo di traffico, ne segue pure che sovente l'atto sarà commerciale da una parte, e civile dall'altra. Così per esempio, la compra ch'io fo d'un libro per mio uso è un atto civile rispetto a me, e commerciale rispetto al libraio; la vendita del ricolto che il proprietario fa ad un negoziante di frutta, è un atto commerciale rispetto al compratore, e civile rispetto al venditore. [2] — Qual sarà in tal caso il tribunale competente? la legge ha risolto il dubbio sta-

[1] Art. 3 cod. comm.
[2] Art. 3, 724 cod. comm.

bilendo che la competenza sia determinata dalla persona del *convenuto*, così che se rispetto al convenuto l'atto è civile, è competente il tribunale civile; se rispetto al convenuto l'atto è commerciale è competente il tribunale di commercio. [1]

Se e fino a qual punto il tribunale di commercio sia competente a conoscere delle questioni civili incidenti nel giudizio commerciale, è tale argomento intorno a cui non sono ancora concordi la dottrina, e la giurisprudenza. Per non cadere in arbitrarie interpretazioni noi crediamo che ogni dubbio si debba risolvere tenendo conto della natura strettamente eccezionale della giurisdizione commerciale; conseguentemente quando nel giudizio commerciale si sollevi una questione incidentale di natura civile che non sia espressamente conferita al tribunale di commercio, deve essere portata al tribunale civile. Imperocchè la regola — *Il giudice dell'azione è pure il giudice dell'eccezione* — da taluno invocata per radicare la competenza del tribunale di commercio rispetto alle controversie civili incidenti nel giudizio commerciale, è soltanto applicabile nel caso che la questione sollevata dall'eccezione rientri pure nella competenza per materia del giudice che deve risolvere la questione principale [2] — Così, il convenuto davanti il tribunale di commercio può opporre in compensazione un cre-

[1] Art. 725 cod. comm. — Con questa disposizione la nuova legge ha recato una savia innovazione al precedente codice sardo (art. 80), il quale dava all'attore rispetto a cui l'atto era civile, la scelta di chiamare il convenuto, rispetto a cui l'atto era commerciale, o davanti il tribunale di commercio o davanti il tribunale civile.

[2] Arg. art. 101, 102 cod. pr. civ.

dito civile non contestato, e il tribunale dichiarare col credito civile compensato il debito commerciale; ma teniamo che non potrebbe pronunciare la condanna dell'attore al pagamento del soprappiù, nè risolvere le controversie che sorgessero intorno al credito opposto in compensazione.

Vieppiù manifesta si fa l'incompetenza del tribunale di commercio nel caso che la questione civile si presenti come pregiudiziale alla questione commerciale. Si chiede, per esempio, il pagamento d' un biglietto all'ordine sottoscritto da un mandatario ; il convenuto nega il mandato ed oppone che il mandato non conferiva poteri così estesi al mandatario — Si chiede all' erede del traente il pagamento d' una lettera di cambio, e il convenuto nega di essere erede [1] — In questi ed in altri simili casi cessa la competenza del tribunale di commercio, e la questione intorno alla validità od estensione del mandato o intorno alla qualità d' erede deve essere rinviata al tribunale civile.

Alla regola tuttavia, secondo cui il tribunale di commercio è incompetente a risolvere le questioni civili pregiudiziali alle commerciali si fanno due eccezioni; di cui la prima riguarda la qualità di *commerciante,* la seconda l'*esistenza di una società commerciale.* Il convenuto davanti il tribunale di commercio perchè la sua qualità di commerciante o di socio in una società commerciale fa presumere commerciale la sua obbligazione, non potrebbe declinarne la competenza negando la sua qualità di commerciante o l' esistenza della società; poichè, sebbene siano pregiudi-

[1] Art. 723. - 8 in f. cod. comm.

ciali, la legge tuttavia dichiara competente a pronunciare su queste il tribunale di commercio.[1]

Il tribunale commerciale infine è competente a pronunciare nelle controversie concernenti i *fallimenti* a tenore del codice di commercio.[2]

§ 62. Competenza del pretore.

Controversie di minore importanza — Controversie non eccedenti il valore di lire millecinquecento — Controversie riguardanti le imposte — Controversie di valore indeterminabile — Pensioni alimentari — Azioni possessorie e quasi possessorie — Provvedimenti conservativi in occasione di fiere o mercati.

La giurisdizione affidata ai pretori costituisce un' eccezione alla giurisdizione del tribunale civile e del tribunale di commercio: essi conoscono delle controversie civili e commerciali di minore importanza.

Se non che la maggiore o minore importanza di una controversia si può desumere o dal valore dell' oggetto cadente in questione, o dalla natura del provvedimento che si tende a conseguire.

Sotto il primo aspetto sono di minore importanza le controversie che vertono intorno ad un oggetto di tenue valore e la legge per togliere ogni questione a questo riguardo considera di tenue valore le controversie il cui oggetto non eccede le lire millecinquecento. Sino a questa somma inclusivamente il pretore conosce di tutte indistintamente le azioni reali e personali, mobiliari ed immobiliari ad eccezione delle a-

[1] Art. 723 - 8° pr. cod. comm.
[2] Art. 723 - 70 cod. comm.

zioni che concernono le imposte dirette od indirette, le quali devono sempre, di qualunque valore siano, essere proposte al tribunale civile. [1]

Per ciò solo che la competenza del pretore non s'estende oltre il valore indicato, affinchè vi si faccia luogo deve risultare che la controversia non ha realmente un valore superiore: altrimenti vien meno l'eccezionale giurisdizione pretoria e si fa ritorno in materia civile al tribunale civile, in materia commerciale al tribunale di commercio. Quando pertanto si tratta di controversie di valore *indeterminabile*, come sono per esempio le controversie intorno a' *diritti onorifici*, alle *tutele* e in generale le *controversie di stato*, [2] è solo competente il tribunale civile. [3]

Ma colle controversie di stato non si devono confondere quelle controversie civili che sono la conseguenza dello stato prestabilito e non contestato, come sono quelle, per esempio, intorno alla prestazione d'alimenti. L'azione per alimenti essendo un'azione propriamente patrimoniale, quantunque possa avere il suo fondamento nei vincoli della famiglia, rinasce la competenza pretoria sempre quando la prestazione in controversia non ecceda il valore di annue lire duecento. [4]

La maggiore o minore importanza d'una controversia si desume inoltre dalla natura del provvedimento che si vuol conseguire. E sotto quest'aspetto sono

[1] Art. 71 cod. pr. civ.
[2] Art. 81 cod. pr. civ.
[3] Arg. art. 71 e 84 cod. pr. civ.
[4] Art. 71 cod. pr. civ. Nelle questioni alimentari la legge ha esteso più dell'ordinario la competenza del pretore, poichè la pensione alimentare di lire ducento annue moltiplicata per dieci (art. 76 cod. pr. civ.) dà il volore capitale di lire duemila.

di minore importanza tutte quelle controversie con cui si provoca una misura semplicemente conservativa e di sua natura temporanea, qualunque d'altronde sia il valore dell'oggetto cadente in questione. — In questa categoria entrano le controversie cui dan luogo le azioni possessorie, come l'azione di manutenzione e l'azione di reintegrazione in possesso, [1] la denuncia d'opera nuova, l'azione di danno temnto, [2] come pure l'azione tendente ad ottenere un sequestro *ex primo decreto.* [3] — Tutte queste controversie sono di competenza del pretore. Che anzi sebbene non tendano ad ottenere un provvedimento semplicemente conservativo, siccome tuttavia hanno stretta analogia colle azioni possessorie, sono pure affidate alla cognizione pretoria e senza limiti di valore l'azione per inosservanza delle distanze legali nei piantamenti d'alberi e di siepi, [4] l'azione per danni e guasti dati ai fondi urbani e rustici [5] e l'azione di sfratto per locazione finita. [6]

Notiamo in ultimo che la legge conferisce al pretore un potere speciale intorno alle contestazioni sorte in tempo di fiera o mercato, per cui il pretore può dare, ancorchè la causa non sia di sua competenza, i provvedimenti temporanei che stima opportuni, rimettendo le parti davanti l'autorità giudiziaria competente. [7]

[1] Art. 82 - 2° cod. pr. civ. *V. sopra* §. 51
[2] Art. 82 - 3° cod. pr. civ. *V. sopra* § 52
[3] Art. 924 cod. pr. civ.
[4] Art. 82 - 4° cod. pr. civ.
[5] Art. 82 - 1° cod. pr. civ.
[6] Art. 82 - 5° cod. pr. civ.
[7] Art. 726 cod. comm.

Taluno potrebbe per avventura credere che il legislatore abbia esteso oltre i giusti confini la competenza del pretore col fargli facoltà di pronunciare in tutte queste controversie senza limite di valore. Ma quando si consideri, che la più parte di queste danno luogo soltanto ad un provvedimento temporaneo che non pregiudica la questione di merito; che tutte si riferiscono a vie di fatto, che richiedono spesso l'accesso del giudice sul luogo, perizie, esami di testimoni, e che sempre urge reprimere; che in ogni caso dalla sentenza del pretore è concesso l'appello al tribunale superiore, sembra ampiamente giustificato il sistema seguito dalla legge.

§ 63. Competenza del conciliatore.

Competenza del conciliatore — Azioni personali mobiliari — Azioni personali immobiliari — Azioni reali mobiliari ed immobiliari.

Il conciliatore, oltre l'uffizio d'adoperarsi per comporre le controversie, esercita pure una vera e propriamente detta giurisdizione, che costituisce a sua volta un'eccezione alla competenza pretoria — Vi sono controversie di così tenue valore e insieme di così facile soluzione che si possono senza pericolo e più utilmente affidare alla cognizione d'una persona qualunque che alla probità congiunga una anche mediocre cultura. Gli è perciò che il conciliatore è chiamato a pronunciare sulle *azioni personali relative a cose mobili* il cui valore non ecceda le lire trenta, ad esclusione delle azioni concernenti le imposte dirette od indirette che, come già abbiamo osservato, si propongono sempre,

di qualunque valore siano, al tribunale civile. [1]

Davanti il conciliatore si possono e si devono dunque proporre soltanto le azione *personali mobiliari* sì civili che commerciali; [2] restano però escluse dalla competenza del conciliatore le azioni *personali immobiliari*, ad eccezione dell' azione che si riferisce alla locazione di beni immobili — L' azione concernente la locazione di beni immobili è personale, ma nello stesso tempo è *mobiliare*, se con essa si domandi la pigione od il fitto, e come tale rientra naturalmente nella competenza del conciliatore; è *immobiliare* se si domandi la consegna o la restituzione del fondo locato, e per eccezione alla regola è pure di competenza del conciliatore semprechè, ben inteso, il valore del fitto non superi la somma indicata. [3]

Parimente non v' è dubbio che sono escluse dalla competenza del conciliatore le azioni *reali immobiliari*, ma si può dubitare se lo stesso si debba dire delle azioni *reali mobiliari*; e sebbene pensi taluno che la legge parlando soltanto delle azioni personali mobiliari abbia pure voluto sottrarre alla competenza del conciliatore le azioni *reali* comunque *mobiliari*; [4] considerando tuttavia che in pratica l' azione reale mobiliare si risolve nella più parte dei casi in un' azione personale, [5] noi crediamo che il conciliatore possa conoscere anche delle azioni reali mobiliari sino al valore di lire trenta inclusivamente.

[1] Art. 70 cod. pr. civ.
[2] Art. 70 cod. pr. civ.
[3] Art. 70 cod. pr. civ. Il conciliatore può dunque conoscere, entro i limiti di lire trenta, dell'azione di sfratto per locazione finita. Art. 82 - 5° cod. pr. civ.
[4] Borsari, *Comm. all' art.* 70 cod. pr. civ.
[5] *V. sopra* § 46 in f.

Avvertiamo infine che i provvedimenti temporanei intorno a questioni insorte in occasione di fiera o mercato possono anche darsi dal conciliatore del comune, in cui non risieda il pretore. [1]

§ 64. Competenza dei tribunali penali nelle controversie civili.

Il giudice penale è incompetente a risolvere le controversie civili — Eccezione in caso di connessione dell'azione civile coll'azione penale — Azione civile nascente dal reato proposta prima davanti il giudice civile — Effetto della sentenza del giudice d'istruzione sull'azione civile — Effetto della sentenza del giudice del giudizio — Azione civile proposta prima al foro civile — Esame critico del sistema della legge — Azione civile come condizione di esistenza del reato. — Eccezione concernente la proprietà — Condizioni richieste per far luogo alla competenza civile — Eccezione concernente le controversie di stato.

È regola assoluta, conforme ai principii ed alla legislazione positiva, che il giudice civile è affatto incompetente in materia penale, così che non può mai accadere che una controversia penale si possa proporre al foro civile. [2] Il giudice penale per contro è pure incompetente in materia civile; ma questa regola non è più assoluta e va soggetta ad eccezione nei casi che l'azione civile si trovi connessa coll'azione penale.

L'azione civile poi è connessa colla penale perchè

[1] Art. 726 in f. cod. comm.

[2] Nel sistema della legislazione positiva può avvenire che il tribunale penale sia composto delle stesse persone che compongono il tribunale civile; ma ciò non muta la verità dell'enunciata proposizione, poichè sebbene identiche siano le persone, agiscono tuttavia in qualità diversa.

si presenta o come *effetto* immediato, o come *condizione d'esistenza* del reato — Così per esempio, dal furto, oltre il danno pubblico, nasce un danno privato che consiste nella diminuzione del patrimonio del derubato di tanto, quanto è il valore della cosa sottratta; dalle ferite e dalle percosse una lesione personale che produce incapacità di lavoro; dall' ingiuria, diffamazione o libello famoso una lesione del buon nome che a sua volta può esser causa d'una diminuzione di patrimonio. In questi ed in altri simili casi l'azione civile è connessa colla penale come un effetto immediato del fatto medesimo che costituisce il reato — Così pure, tradotto taluno in giudizio per furto adduce a sua difesa che la cosa sottratta è di sua spettanza, e che in conseguenza il fatto non costituisce il reato di furto; inquisito tal altro per appropriazione indebita di somma depositata presso di lui, [1] nega il deposito, che il reato d'appropriazione indebita necessariamente presuppone: in questi ed altri casi analoghi l'azione civile è connessa colla penale come condizione dell'esistenza del reato.

Sebbene l'azione civile e l'azione penale siano per loro natura e scopo essenzialmente distinte, anche quando sono connesse, si devono tuttavia congiungere e trattare nello stesso giudizio davanti lo stesso giudice, sempre quando, proponendosi l'una al foro civile e l'altra al foro penale, si corra l'eventualità di giudicati contradditorii; il che farebbe scapitare la dignità ed il prestigio della giustizia — E poichè nelle penali materie il giudice civile è, come abbiam detto, affatto incompetente, la riunione e l'esercizio contem-

[1] Art. 631 cod. pen.

poraneo delle due azioni potrà solo aver luogo davanti il giudice penale. [1]

Quando si tratta d'azione civile nascente dal reato il leso ha la scelta o di proporla al foro civile; o di portar querela e costituirsi parte civile nel giudizio penale. [2] Ma la scelta una volta fatta sarà irrevocabile? dopo aver proposto l'azione civile al foro penale potrà ancora il leso proporla al foro civile, o viceversa?

Proposta dapprima l'azione civile al foro penale, il leso potrà ancora o non potrà più proporla davanti il giudice civile secondochè rimarrà o non rimarrà esclusa la possibilità di giudicati contraddittorii. E per vedere come ciò avvenga conviene distinguere se il processo penale abbia avuto termine con ordinanza o sentenza del *giudice dell'istruzione*, ovvero con sentenza del *giudice del giudizio*. — Poniamo dapprima che il giudice d'istruzione abbia dichiarato *non farsi luogo a procedere:* se ciò avviene perchè *il fatto non esiste* o perchè *l'imputato non ebbe parte al reato*, la parte lesa non potrà più proporre l'azione civile davanti il giudice civile, poichè la sentenza del giudice civile non potrebbe essergli utile se non si trova nello stesso tempo in contradizione colla sentenza penale [3] — se ciò avviene invece perchè *il fatto non è qualificato reato*, rimane salva al leso l'azione civile da esperirsi davanti il giudice civile, poichè non v' è in tal caso pericolo di contrarietà di giudicati, potendo il fatto non essere reato, e tuttavia far luogo al risarcimento dei danni — se la sentenza di *non farsi luogo* si

[1] Art. 4 cod. pr. pen.
[2] Arg. art. 3 e 4 cod. pr. civ.
[3] Art. 6 cod. pr. pen.

fonda sulla *prescrizione dell' azione penale*, la precedente legislazione negava la facoltà d' esperire posteriormente l' azione in via civile; [1] ma più coerente ai principii il novissimo codice di procedura penale vuol mantenuto questo diritto alla parte lesa; [2] non esiste in tal caso pericolo di giudicati contraddittorii; e se per considerazioni speciali si getta colla prescrizione dell' azione penale l' oblìo sul reato, non v' è ragione di precludere la via all' esercizio dell' azione civile che si prescriva in più lungo periodo di tempo — Infine la sentenza di *non farsi luogo* può essere determinata da *insufficenza di prove*; e questa sentenza passa pure in cosa giudicata e diventa irrevocàbile — *rebus sic stantibus* — così che più non si può ripigliare il penale procedimento se non vengono a scoprirsi *nuove prove* non state già anteriormente apprezzate. Epperò non si potrà — *rebus sic stantibus* — far luogo al giudizio civile per la possibile contrarietà di giudicati; ma questa cessando in caso di prove posteriormente scoperte e non ancora discusse, si riapre l' adito all' esercizio dell' azione civile davanti il giudice civile. [3]

Quando il giudice dell' istruzione dichiara farsi luogo a procedere, l' azione civile segue l' azione penale davanti il giudice del giudizio, e in caso di condanna dell' accusato, colla stessa sentenza con cui il giudice pronuncia sulla pena, condanna pure il delinquente al risarcimento dei danni verso la parte lesa [4] — Che se l' accusato viene assolto od altrimenti rinviato dal giudizio, e la sentenza non abbia statuito sui danni do-

[1] Art. 6 cod. pr. pen. sard.
[2] Arg. art. 6 cod. pr. pen.
[3] *V.* Pescatore, *Sposizione compendiosa* ecc. II p. 181.
[4] Art. 569 cod. pr. pen.

vuti al leso, [1] questi potrà intentare l' azione civile davanti il giudice civile secondo le già precedentemente fatte distinzioni, sempre quando cioè apparisca impossibile una contrarietà di giudicati. [2]

Non è mestieri aggiungere che qualora l'accusato muoia prima che sia emanata nel giudizio penale una sentenza irrevocabile, la parte lesa può esercitare l' azione civile davanti il giudice civile contro gli eredi; [3] non vi è per vero possibilità di giudicati contradittorii.

Nell' ipotesi che il danneggiato abbia scelto il foro civile più semplice si presenta il sistema della legge. Proponendo l' azione al foro civile il leso si preclude la via a costituirsi parte civile nel giudizio penale; dal fatto d' aver proposto l' azione al foro civile la legge deduce una presunzione assoluta che la parte lesa abbia voluto rinunziare alla via penale e mantiene in tutto il suo vigore l' antica massima — *una via electa, non datur recursus ad alteram.* [4] — Segue da ciò che, quando resti per avventura sospeso il giudizio civile per essersi iniziato il penale procedimento sul fatto stesso, che siasi scoperto costituire un reato, [5] non potrà più il leso farsi parte civile nel giudizio penale, quantunque dall' esito del giudizio penale possa, come abbiamo detto, dipendere la possibilità di proseguire il giudizio civile.

Il sistema della legge, quando si tratta dei reati così detti *d'azione privata*, è commendevole ; se invece di portar querela il leso preferì la via civile, è

[1] Art. 570 cod. pr. pen.
[2] Arg. art. 570, 571 cod. pr. pen.
[3] Art. 5 cod. pr. pen.
[4] Art. 7 cod. pr. pen.
[5] Art. 4 cod. pr. pen.

cosa giusta ed equa che il giudizio penale diventi impossibile; perocchè non gli deve essere lecito di trascinare pel medesimo fatto e nel medesimo intento il convenuto davanti due diversi giudici e farlo soggiacere a due diversi giudizi — Altro è a dirsi del caso che si tratti di reati di *azione pubblica*, per cui cioè il pubblico ministero può procedere d' uffizio. Se il leso conosceva che il fatto era reato e ciononostante ha scelto il giudice civile, è pur cosa giusta che ascriva a sè stesso il danno che soffre se, instituitosi d' uffizio il giudizio penale, più non può in questo far valere le sue ragioni. Ma se la parte lesa ignorava che il fatto, da cui nasce la sua azione civile, costituisce un reato, ed abbia scelto in conseguenza il giudizio civile, con qual giustizia le si vorrà negare la facoltà di far le sue difese nel giudizio penale, che non ha provocato e che, riuscendo favorevole al convenuto, può impedire la continuazione del giudizio civile? Eppure tale è la disposizione della legge. [1]

Venendo all' azione civile connessa alla penale come *condizione di esistenza del reato*, si fa più estesa e comprensiva la competenza del giudice penale. La competenza del giudice penale diventa la regola generale, poichè dalla soluzione della controversia civile dipende l'esistenza del reato; e tutto ciò che si riferisce all' esistenza del reato, cade nel dominio della giurisdizione penale. [2]

A questa regola che al giudice penale conferisce la soluzione delle controversie civili che si riferiscono

[1] Art. 31 cod. pr. civ.

[2] MANGIN, *Traitè de l'action publique*, 167 — LEGRAVEREND, *Législation criminelle*, 233.

all' esistenza del reato, si fanno due sole eccezioni di cui l' una concerne la *proprietà* ; l' altra lo *stato* delle persone. [1]

Le questioni di *proprietà* presentano talvolta difficoltà assai gravi e tali che meglio al giudice civile convengono che non al penale, il quale in sostanza ha per ufficio di pronunciare sul reato — Ove però contro l' azione penale si proponessero eccezioni di diritto concernenti la proprietà, le quali, se sussistessero, escluderebbero il reato, si è stabilito che il giudice, trovando in esse qualche apparenza di fondamento, *possa* sospendere il giudizio penale e rimettere la cognizione del merito al giudice civile competente. [2] Affinchè adunque il giudice *possa* valersi di tal facoltà si richiede il concorso di tre condizioni; si richiede cioè che la questione civile sia pregiudiziale alla penale; che abbia qualche apparenza di fondamento; e che concerna la proprietà.

La questione civile deve dapprima essere *pregiudiziale* alla questione penale, tale cioè che, se sussistesse, escluderebbe il reato. Così per esempio, in seguito a sporta querela per devastazioni commesse in un fondo s' inizia il procedimento penale; l' inquisito ammette il fatto, ma sostiene che avea diritto d' agire in quel modo perchè il fondo è di sua proprietà — *feci, sed jure feci* — Se risulta essere l' imputato proprietario, il reato rimane escluso; ma se, ammessa la sussistenza dell' eccezione, non rimanesse escluso il reato, la soluzione della questione civile non potrebbe essere rimessa al giudice civile.

[1] Art. 32 e 33 cod. pr. pen.
[2] Art. 33 cod. pr. pen.

La questione civile deve inoltre avere qualche *apparenza di fondamento*: quando poi vi sia nei singoli casi apparenza di fondamento la legge nol poteva stabilire e dovea necessariamente rimettersi al libero apprezzamento del giudice. Se il giudice credesse che l'imputato abbia sollevato la questione civile al solo scopo di eludere o di ritardare la condanna penale rigetterà l' eccezione e pronuncierà sul reato.

È mestieri in ultimo che la questione civile concérna la *proprietà*, o, quel che è lo stesso nell'argomento che ci occupa, un *diritto reale*; poichè i diritti reali che sorgono dagli smembramenti della proprietà, ritengono la natura del diritto da cui procedono, e soggiacciono in generale a pari giuridico trattamento [1] — E siccome il *possesso legittimo* è nella sostanza una *proprietà presunta*; [2] così quantunque la legge parli soltanto di *proprietà* e di *diritti reali*, crediamo tuttavia che all'eccezione concernente la proprietà si debba equiparare l' eccezione che riguardi un *possesso manutenibile*.

Le questioni di *proprietà mobiliare* sono generalmente di più facile soluzione ed anche meno frequenti, non essendo riguardo ai mobili pervenuti a mano dei terzi permessa la rivendicazione; [3] raramente pertanto accadrà che si sollevi nel giudizio penale un'eccezione concernente la proprietà in fatto di mobili. Se tuttavia ciò avvenisse pare che, attesa la generalità dei termini con cui è concepita la legge, il giudice penale *potrebbe* anche rimetterne la soluzione al giudice civile. Dato in conseguenza il caso, che taluno abbia avuto

[1] Art. 33 cod. pr. pen. — *V. sopra* § 43.
[2] *V. sopra* § 47, 49.
[3] *V. sopra* § 46.

in dono — *brevi manu* — carte al portatore od altri effetti preziosi, la cui proprietà si trasmetta colla semplice tradizione, e, morto il donatore, venga inquisito per furto, sollevata dall'imputato la questione pregiudiziale, il giudice penale *potrà* rimettere la causa al giudice civile affinchè pronunci sulla validità della donazione.

Ma quando l'eccezione non concerne la proprietà od un diritto reale, solo competente a risolvere la questione civile rimane il giudice penale.

Dal momento che s' apre in caso di rinvio il giudizio civile davanti il giudice civile, rimane necessariamente sospeso il giudizio penale, ed ogni atto di processo che si facesse pendente il giudizio civile sarebbe colpito di nullità. [1] Affinchè tuttavia non avvenga che l'imputato trascuri di far risolvere la questione civile, forse collo scopo di ritardare per tal guisa la condanna penale, il giudice penale colla stessa sentenza di rinvio o con altro provvedimento posteriore fisserà all' imputato un termine per procurarne la risoluzione: [2] il quale termine potrà essere dal giudice stesso prorogato. [3]

La seconda eccezione, rispetto a cui si fa ritorno al giudice civile, riguarda le *questioni di stato* — La natura delle azioni pregiudiziali, che, come abbiamo veduto, quanto alla sostanza s' identificano colle azioni reali; [4] la specialità delle prove che sono permesse; la difficoltà d' una retta e giusta soluzione; infine la preziosità del diritto cadente in questione dimostrano non essere

[1] Cass. sarda, 2 gennaio 1857.
[2] Art. 33 cod. pr. pen.
[3] MASSA - SALUZZO, Il *cod. di pr. penale*, § 197.
[4] *V. sopra*, § 45.

conveniente che le *controversie di stato* siano per incidente risolte dal giudice penale. Crediamo perciò che quando l'esistenza del reato dipende da una controversia di stato, questa *si deve* rinviare al giudice civile. Così per esempio, se l'imputato di bigamia adducesse a sua difesa la nullità del matrimonio già precedentemente contratto, la questione dovrebbe essere risoluta dal tribunale civile. [1]

Tutto ciò si riferisce alle controversie di stato in generale; ma consultando il testo della legge si trova una disposizione speciale concernente i reati di *soppressione di stato* — Per questi reati, dice la legge, *l'azione penale non può promuoversi che dopo la sentenza del giudice civile sulla questione di stato.* [2] Con questa disposizione la legge rende affatto incompetente il giudice penale *a procedere* prima della sentenza definitiva del giudice civile, in guisa che il giudice penale se viene nel corso del procedimento a scoprire che il falso include come pregiudiziale una questione di *soppressione di stato,* non deve solo sospendere il giudizio, ma annullare inoltre la procedura già fatta e porre in libertà l'imputato, che trovisi in carcere. [3]

[1] Cassaz. sarda, 15 gennaio 1859.

[2] Art. 32 cod. pr. pen.

[3] *V.* Faustin Helie, III, § 152. — Quando la questione civile si tratta contemporaneamente alla penale davanti il giudice penale si disputa se in appoggio dell'azione civile siano permesse tutte le prove che si possono addurre a sostegno dell'azione penale, o solamente quelle che si potrebbero invocare davanti il giudice civile. — La precedente legislazione, forse per avere i sussidii della parte lesa e meglio assicurare la giustizia penale, in favore dell'azione civile permetteva tutte indistintamente le prove ammesse in materia penale (art. 827 cod. sard. di pr. pen.) Il novissimo codice di proc. pen. (art. 848) ammette anche in generale tutte le prove, ma fa

§ 65. Competenza del giudice d'appello

Autorità giudiziaria d' appello — Estensione della competenza del giudice d'appello — Domande nuove e domanda degli accessorii — Nuove eccezioni e nuove prove; controversie cui dan luogo — Compensazione — Intervento in causa — Valore della regola — *tantum devolutum, quantum appellatum* — Appello da sentenze definitive — Appello da sentenze incidentali — Incidenti che si riferiscono alla competenza — Altri incidenti.

Già sappiamo che la vigente legislazione accorda a tutte in generale le cause il beneficio del doppio grado di giurisdizione, e che in conseguenza l' appello è ammesso da tutte le sentenze pronunciate in prima istanza, salvochè la legge le abbia dichiarate inappellabili. [1] Già sappiamo del pari che l' appello si propone dalla sentenza del giudice inferiore al giudice immediatamente superiore in via gerarchica [2] così che, determinato il giudice competente in primo grado, resta parimente determinato il giudice competente in appello. Tutto ciò non dà luogo a difficoltà: se non che è assai importante stabilire con esattezza sino a qual punto s' estenda la giurisdizione del giudice d' appello intorno alla controversia appellata. [3]

Considerando d' un canto che a tutte le controversie è concesso il beneficio dell' appello e che d' altro lato

eccezione quanto alla *prova testimoniale*, che più non permette quando si tratta di provare *l' esistenza d' una convenzione*, se non nei casi che sia permessa dalla legge civile (*V.* articoli 1341, 1347 cod. civ.)

[1] Art. 481 cod. pr. civ.

[2] *V. sopra* § 35 in f.

[3] Quanto al giudice competente per l' appello dalle sentenze degli arbitri *V. sopra* § 20 in f.

il giudizio d'appello non è che la continuazione del giudizio di primo grado davanti giudici diversi, [1] sembra che si possa in quest'argomento stabilire, che la giurisdizione dell'autorità giudiziaria d' appello in principio s' estende a tutte, ma non oltre le controversie espressamente o virtualmente incluse nel giudizio di primo grado, e in fatto s' estende soltanto a quelle controversie od a quei capi della controversia, su cui siasi interposto l'appello.

Primieramente adunque non si possono proporre in appello *domande nuove*, ossia domande non state proposte nel giudizio di primo grado: il giudice d' appello sarebbe incompetente a risolverle e dovrebbe rigettarle anche d' uffizio; [2] perocchè pronunciando su queste verrebbe a privare la nuova controversia del doppio grado di giurisdizione — Affrettiomoci tuttavia a soggiungere che non sarebbe *domanda nuova* la domanda degli *accessorii;* per es., degli interessi, dei frutti scaduti e dei danni sofferti dopo la sentenza di primo grado; [3] poichè l' accessorio segue il principale, e la domanda del principale fatta nel primo giudizio include già virtualmente la domanda degli accessorii.

Ma se non si possono in appello proporre *domande nuove*, si possono invece proporre *nuovi mezzi di difesa*, ossia *nuove eccezioni* e *nuove prove.* [4] In appello si rinnova per intiero, o meglio, continua il giudizio di primo grado; e la rinnovazione o la continuazione del giudizio implica naturalmente la facoltà di proporre

[1] *V. sopra* § 35.
[2] Art. 490 cod. pr. civ.
[3] Art. 490 cod. pr. civ.
[4] Art. 490 in f. cod. pr. civ.

nuove eccezioni e nuove prove; i nuovi mezzi di difesa non costituiscono dunque una domanda nuova — Da questo momento si fa manifesto che il giudice di appello è competente a pronunciare su tutte le controversie che i mezzi di difesa proposti per la prima volta in appello possono suscitare, quantunque il giudice di primo grado non abbia ancora sulle medesime pronunciato — Il *possessore*, per esempio, condannato in primo giudizio a restituire l'immobile sul fondamento dei titoli di proprietà dall' attore prodotti oppone per la prima volta in appello l' eccezione della *prescrizione*; l' *erede* condannato in primo giudizio a dismettere la eredità per nullità del prodotto testamento, oppone in appello un *altro testamento*, in cui è pure istituito erede; il *mutuatario* condannato alla restituzione del mutuo, oppone per la prima volta in appello la *compensazione*. In tutti questi casi ed in altri simili il giudice d' appello è competente a risolvere le controversie che si riferiscono alla *prescrizione*, al *testamento*, alla *compensazione*.

Rispetto alla *compensazione* tuttavia non sono d' accordo gli scrittori: la compensazione si potrebbe proporre in appello, secondo alcuni, sol quando il titolo su cui si fonda sia anteriore; secondo altri, sol quando sia posteriore alla sentenza di primo grado; in ogni caso la compensazione secondo altri non si potrebbe proporre se non quando il titolo su cui si fonda non sia contestato, poichè in caso di contestazione si verrebbe ad innestare sulla controversia appellata una controversia nuova che dovrebbe secondo il diritto comune percorrere il doppio grado di giurisdizione. [1] — Ma,

[1] *V.* Chauveau in Carrè, 1674 - 2°.

tenendo conto della generalità dei termini con cui è concepita la legge, [1] noi crediamo che, senza distinguere se il titolo sia anteriore o posteriore alla sentenza di primo grado, se sia o non sia contestato, si possa sempre la compensazione proporre in appello e possa sempre il giudice d'appello risolvere tutte le controversie che vi si riferiscono.

Che anzi in caso che il credito opposto in compensazione sia superiore a quello dell'avversario, teniamo che possa l'opponente chiedere ed il tribunale pronunciare la condanna dell'attore al pagamento della somma eccedente. Imperocchè, sebbene la domanda del soprappiù sembri e sia realmente una domanda nuova, è tuttavia manifesto che il giudice d'appello, ammettendo la compensazione d'una parte, pregiudica la questione della totalità del credito e la conseguente decisione che avrebbe a pronunciare più tardi il giudice di primo grado sulla rimanenza del credito stesso. [2]

Potevasi dubitare se nel giudizio d'appello dovesse ancora permettersi *l'intervento in causa;* non avendo potuto i giudici di primo grado esaminare i titoli rispettivi dei contendenti e del terzo che si presenta per la prima volta in giudizio d'appello, l'intervento in causa darebbe luogo ad una domanda nuova che dovrebbe essere prima sottoposta al giudice di primo grado — Nulla meno l'intervento in causa non può essere denegato a colui che avrebbe il diritto di valersi dell'*opposizione di terzo;* [3] perocchè procedendosi più tardi all'esecuzione della sentenza contro di

[1] Art. 490 cod. pr. civ.
[2] V. Chauveau in Carrè, 1674 - 3°.
[3] Art. 491 cod. pr. civ.

lui, esso porterebbe coll' *opposizione di terzo* la controversia davanti lo stesso giudice d'appello nello stato medesimo in cui si troverebbe al momento dell'intervento in causa; [1] e così il diniego d'intervenire farebbe luogo a maggiori spese, è non sarebbe in ogni caso che un ingiustificato ritardo alla soluzione definitiva della controversia.

La giurisdizione del giudice d'appello, che in principio s'estende a tutte, ma non oltre le controversie incluse nel primo giudizio, in fatto non s'estende che a quelle sulle quali siasi dalle parti interposto l'appello, così che se la sentenza di primo grado contiene più capi distinti ed alcuno soltanto ne venga impugnato, a questo si restringe il secondo giudizio, dovendosi con ragione presumere che siano gli altri stati accettati dalle parti [2] — *tantum devolutum, quantum appellatum.*

La regola — *tantum devolutum, quantum appellatum* — vuol essere tuttavia rettamente intesa; e a questo scopo si deve distinguere anzitutto se l'appello riguardi una *sentenza definitiva* od una *sentenza incidentale.* Quando si tratta d'appello da *sentenza definitiva* l'applicazione della regola non incontra guari difficoltà; non v'è dubbio che il giudice d'appello può sempre su essa pronunciare. Nel caso tuttavia che la sentenza appellata abbia pronunciato in merito quando la questione non era ancora *in stato d'essere decisa*, il giudice d'appello riformandola ed ordinando gli ulteriori atti d'istruzione per metterla in grado d'essere decisa, può, secondo crede più conveniente, o

[1] Arg. art. 510 e 511 cod. pr. civ.
[2] Art. 486 in f. cod. pr. civ.

ritenere la causa o rinviarla ai primi giudici. [1] Nè, ritenendo il giudice d'appello la causa, viola il doppio grado di giurisdizione, poichè la questione di merito sebbene in modo prematuro, è già tuttavia stata risoluta dal giudice di primo grado.

Trattandosi invece d'appello da una sentenza incidentale occorre nuovamente distinguere gli incidenti che riguardano la competenza da tutti gli altri.

Rispetto alle sentenze che concernono la competenza s'osserva rigorosamente la regola — *tantum devolutum, quantum appellatum* — nè mai avverrà che il giudice d'appello pronunciando sulla competenza risolva anche la questione di merito, se questa non è stata parimente risolta dal primo giudice, perchè le questioni di competenza avendo una natura strettamente pregiudiziale lasciano sempre intatta la questione principale, che deve percorrere secondo la regola generale il doppio grado di giurisdizione — Quando pertanto il primo giudice siasi limitato a pronunciare sulla competenza senza risolvere la questione di merito, il giudice d'appello *deve* pure limitarsi a pronunciare sulla competenza e rinviare ogni ulteriore istruzione e decisione sul merito al giudice di primo grado. [2] Ma, se il primo giudice dichiarandosi competente abbia anche pronunciato sul merito, il giudice d'appello, quando pur ritenga competente il primo giudice, pronuncia anche sul merito, poichè la controversia ha già percorso il primo grado di giurisdizione — Che se il giudice d'appello dichiara incompetente il primo giudice, allora si fa manifesto che più non può pronunciare

[1] Arg. art. 492 in f. cod. pr. civ.
[2] Art. 493 pr. cod. pr. civ.

sul merito; dovendosi il giudizio di primo grado seguito davanti giudice incompetente considerare come non avvenuto, la questione di merito non avrebbe ancora percorso regolarmente il primo grado di giurisdizione. [1]

Nel giudizio per appello da sentenze concernenti altri incidenti che più o meno influiscono nel merito può accadere che il giudice d'appello pronunciando sull'incidente risolva anche la questione di merito, sebbene non ancora risolta dal primo giudice. Ciò avviene dapprima quando essendo già la questione di merito matura a decisione davanti il primo giudice, questi siasi nullameno limitato a pronunciare sull'incidente; in tal caso il giudice d'appello fa quello che avrebbe dovuto fare il giudice di primo grado e pronuncia anche sul merito. [2] Ciò avviene parimente quando per effetto d'un nuovo mezzo di difesa prodotto in appello, insieme all'incidente resti in stato di essere decisa anche la questione di merito; in tal caso il giudice d'appello pronuncia anche sulla questione principale, che pur rimarrebbe d'altronde irreparabilmente pregiudicata dalla soluzione dell'incidente — Ma quando la questione di merito non trovasi, come abbiam detto, in stato di essere decisa, il giudice d'appello sia che confermi sia che riformi in tutto od in parte la sentenza incidentale, *deve* rinviare al primo giudice per l'ulteriore istruzione e decisione la causa non ancora matura, affinchè percorra regolarmente il primo grado di giurisdizione [3] — Se poi

[1] Art. 493 in f. cod. pr. civ.
[2] *V.* Pescatore, *Sposizione compendiosa* ecc. I p. 94.
[3] Art. 492 pr. cod. pr. civ.

in ciascun caso la causa sia o no in *istato d'essere decisa*, non è più che una questione di fatto abbandonata necessariamente al libero apprezzamento dell'autorità giudiziaria d'appello.

Notiamo infine che il giudice d'appello è inoltre competente a pronunciare nei giudizi di *revocazione* [1] e di *opposizione di terzo.* [2]

§ 66. Competenza della corte di cassazione.

Scopo del giudizio di cassazione — Sentenze da cui si dà ricorso per cassazione — Titoli di cassazione — Violazione della legge nel merito della controversia — Travisamento del fatto — Nullità di procedura provenienti dalle parti — Nullità provenienti dal giudice — Eccesso e difetto di giudicato — Contradizioni nel dispositivo della sentenza — Sentenze contrarie — Confronto tra il codice francese e l'italiano.

Le ragioni che dimostrano la somma convenienza, e, direm quasi, la necessità d'una corte di cassazione, indicano parimente la natura ed i limiti della giurisdizione che si può a questa suprema magistratura assegnare — La cassazione è un rimedio straordinario instituito allo scopo di mantener alta e rispettata nel tempio della giustizia l'osservanza della legge e del diritto; [3] rimedio, che deve pure giovare alle parti quando il loro privato interesse si trovi strettamente congiunto a questo supremo interesse pubblico.

Da ciò deriva primieramente che non si può far luogo a ricorso per cassazione se non quando la giustizia abbia avuto nelle vie ordinarie il suo corso;

[1] Art. 494, 498 cod. pr. civ.
[2] Art. 510, 511 cod. pr. civ.
[3] *V. sopra* § 36 e 37.

ed è ciò che vuole indicare la legge quando stabilisce che può essere impugnata col ricorso per cassazione *la sentenza pronunciata in appello.* [1] Le sentenze adunque *non appellabili,* [2] e le sentenze appellabili, ma *non appellate* non van soggette a ricorso per cassazione; nel primo caso il ricorso non è concesso per la troppo tenue entità della causa, nel secondo pel silenzio delle parti che non appellando si presumono aver accettato come giusta la decisione del primo giudice, la quale così viene ad assumere rispetto ad esse il valore di *cosa convenuta* [3] — Per quest' ultima ragione non dovrebbero parimente andar soggette a cassazione le *sentenze contumaciali* nel caso che il contumace abbia lasciato trascorrere il termine utile per fare *opposizione* ; e così è certamente quando si tratta di sentenze contumaciali pronunciate in giudizio di primo grado. [4] Ciononostante la legge quando si tratta di sentenze contumaciali emanate in giudizio d'appello permette il ricorso per cassazione dopo scaduto il termine per fare opposizione. [5]

Deriva in secondo luogo che non si può ricorrere in cassazione se non quando la sentenza contenga una *violazione di legge.* E v'è poi *violazione di legge* non solo quando la sentenza contradica ad una disposizione testuale, ma anche quando contradica ad un principio di diritto virtualmente presupposto da un testo di legge od universalmente ammesso dalla ragion civile. [6]

[1] Art. 31 e 517 pr. cod. pr. civ.
[2] *V.* art. 28, 128, 459, 481, 655, 702, 738 cod. pr. civ. *V.* tuttavia sopra § 22.
[3] *V. sopra* § 35.
[4] Arg. art. 517 pr. cod. pr. civ.
[5] *V.* art. 517 in f. cod. pr. civ.
[6] PESCATORE, *Sposizione compendiosa* ec. I, p. 99. — La

Titolo generale di cassazione è dunque la violazione della legge; i titoli speciali possono essere tanti quanti sono i modi, con cui si può la legge dall'autorità giudiziaria d'appello direttamente od indirettamente violare; ma consultando il testo della legge si vede che si può ricorrere in cassazione — per violazione della legge nel merito della controversia [1] — per violazione delle leggi di procedura [2] — per eccesso, o per difetto di giudicato [3] — per contradizioni nelle disposizioni della sentenza — e per sentenze contrarie. [4]

La violazione della legge *in merito della controversia*, che costituisce il titolo principale di cassazione, si verifica quando al fatto pienamente accertato non siasi applicata la regola di diritto che gli si dovea applicare. Nel giudizio di rivendicazione, per esempio, il possessore oppone la prescrizione e somministra la prova del possesso legittimo per tutto il tempo dalla legge richiesto al compimento della prescrizione: quando il giudice, pur ritenendo accertato il possesso, rigettasse tuttavia l'eccezione e condannasse il possessore alla dismessione del fondo, violerebbe la legge nel merito della controversia. [5] E lo stesso si

legge parla di *violazione* e di *falsa applicazione* della legge; ma la *falsa applicazione* non è che un *modo* di violazione della legge — *V.* art. 587 cod. sardo di pr. civ. del 1859. Ivi si dice: « Havvi *falsa applicazione* della legge quando una disposizione generale fu applicata a caso sottratto per legge al dominio di quella disposizione, o quando una disposizione eccezionale fu applicata ai casi a cui non s'estende. »

[1] Art. 517-3° cod. pr. civ.

[2] Art. 517-1°, 2° ccd. pr. civ.

[3] Art. 517-4°, 5° e 6° cod. pr. civ.

[4] Art. 517-7°. e 8° cod. pr. civ.

[5] Art. 2105, 2106 2111, 2135 cod. civ.

dovrebbe dire nel caso che sul fondamento di semplici *domande stragiudiziali* o di altri atti insufficienti ad interrompere la prescrizione [1] il giudice abbia tuttavia dichiarato la prescrizione legalmente interrotta: come lo stesso si dovrebbe pur dire nel caso che colla sentenza abbia tutelato un diritto, cui la legge non concede l'azione giudiziaria. [2]

Se non che la violazione della legge *nel merito della controversia* può anche aver luogo per *fatto falsamente supposto*, o, come più comunemente si dice, per *travisamento del fatto.* [3] V' è *travisamento di fatto* quando il fatto quale risulta dagli elementi che lo costituiscono, venne dal giudice trasmutato in un altro, a cui applicò una regola di diritto che al primo non si poteva applicare. La questione, per esempio, cade sul *contratto di vendita*; si sa che la vendita è un contratto, per cui uno si obbliga a dare una cosa e l'altro a pagarne il prezzo, e che al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo essa è perfetta tra le parti; [4] il giudice prende ad esame gli elementi del fatto e pronuncia che la vendita non è perfetta. Se errore vi fosse in questa sentenza, sarebbe un errore ordinario di *apprezzamento* del fatto, che non cade sotto la giurisdizione della corte di cassazione — Ma se il giudice, pur ritenendo come accertati tutti gli elementi di fatto costitutivi della vendita, ne disco-

[1] Art. 2124, 2125 cod. civ.

[2] *V. sopra* § 42.

[3] *V.* Borsari, *Comm.* all' art. 517, n° 3° cod. pr. civ. — Ivi il Borsari nota che nelle provincie meridionali si chiamò *snaturamento* o *denaturamento*; nella Toscana *falso supposto* e nel Piemonte *travisamento*; egli invece vorrebbe che si chiamasse *inversione del fatto.*

[4] Art. 1447, 1448 cod. civ.

noscesse poi il carattere ed il valore reale convertendo la vendita in altro contratto; per esempio, in locazione, comodato o deposito ed applicando le regole di questi contratti, invece delle regole che governano la vendita, vi sarebbe un *travisamento del fatto*, che implica una vera violazione di legge nel merito della controversia ed apre la via alla cassazione.

Si fa pur luogo a cassazione per *violazione delle leggi di procedura;* e quando si consideri che le sentenze dell' autorità giudiziaria si presumono conformi a verità e giustizia in quanto siano emanate in giudizio regolare; e che regolare non si può dire il giudizio in cui non siansi osservate le prescritte forme della procedura, rimane ampiamente giustificato questo secondo titolo di cassazione.

La violazione delle forme di procedura deriva o dalle *parti* o dal *giudice:* nell' uno e nell' altro caso non si fa luogo a ricorso per cassazione se non per inosservanza di quelle forme che sono prescritte *sotto pena di nullità.*

La nullità procedente dalle parti riguardano le forme da osservarsi *nel corso del giudizio;* e sebbene la legge parli soltanto delle forme *prescritte sotto pena di nullità;* [1] cotale disposizione tuttavia manifestamente s' estende anche a quelle che quantunque non prescritte sotto pena di nullità sono tuttavia *essenziali;* [2] tali cioè che senza di esse l' atto non potrebbe conseguire la sua naturale destinazione. E siccome le nullità di procedura restano sanate espressamente o tacitamente se non sono proposte specificatamente nella

[1] Art. 517-1° cod. pr. civ.
[2] Art. 56 in f. cod. pr. civ.

comparsa successiva all'atto che si vuole impugnare;[1] così non si fa luogo a ricorso per cassazione se non quando l'eccezione di nullità sia stata in tempo utile sollevata e dal giudice indebitamente respinta.[2]

Le nullità procedenti dal giudice si riferiscono più particolarmente alle forme da osservarsi nella prolazione della sentenza,[3] per cui unico rimedio resta il ricorso in cassazione — Se pertanto a proferir la sentenza i giudici non fossero stati in numero legale, o vi avesse preso parte uno dei giudici che non abbia assistito alla discussione della causa;[4] se la sentenza non contenesse le conclusioni delle parti, o i motivi in fatto ed in diritto, o il dispositivo, o non portasse la data, o la sottoscrizione di tutti i giudici, la sentenza verrebbe annullata in giudizio di cassazione;[5] come verrebbe parimente annullata quando non si fosse sentito il pubblico ministero nei casi previsti dalla legge.[6] Intorno a quest'ultima causa di nullità vuolsi tuttavia distinguere se le conclusioni del pubblico ministero erano prescritte *per ragione di materia,* come per esempio nelle questioni di stato, di ricusazione di giudici o di competenza per materia o valore;[7] ovvero erano prescritte per tutelare un interesse individuale, come nelle questioni concernenti i minori, gli interdetti, gli inabilitati o gli assenti *reipubblicæ causa.*[8] Nel primo caso il ricorso per cassazione si può

[1] Art. 119 cod. pr. civ.
[2] Art. 517-1° cod. pr. civ.
[3] Art. 517-2° cod. pr. civ.
[4] *V.* art. 357, 361-1°, 517-2° cod. pr. civ.
[5] Art. 361-2°, 517-2° cod. pr. civ.
[6] *V.* art. 346; 361-3°, 517-2° cod. pr. civ.
[7] Art. 346-3°, 4°, 6°, 7° cod. pr. civ.
[8] Art. 346- 1°, 2°, 5°, 8° cod. pr. civ.

proporre da qualunque delle parti che vi abbia interesse; nel secondo soltanto da quella delle parti, nel cui interesse personale le conclusioni del pubblico ministero sono prescritte.[1]

Si fa luogo inoltre al ricorso in cassazione per *eccesso* o per *difetto* di *giudicato*.

Distinguiamo l'*eccesso di giudicato* dall'*eccesso di potere*, che si verifica quando l'autorità giudiziaria abbia usurpato in qualche modo le attribuzioni del potere esecutivo: nel qual caso l'eccesso di potere dà luogo a conflitti, che, come sappiamo, si risolvono dal consiglio di stato.[2] V'è *eccesso di giudicato* invece quando la sentenza abbia pronunziato *su cosa non domandata*, o, quel che è lo stesso, abbia aggiudicato *più di quello che era domandato*[3] — *Ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest.*[4] — Il giudice che non mettendo la sentenza in armonia colla domanda pronuncia *ultra petita*, prende un'iniziativa che gli è assolutamente interdetta, e commette tale una violazione di legge

[1] Arg. art. 361-3° cod. pr. civ.

[2] *V. sopra* § 58

[3] Art. 517-4°, 5° cod. pr. civ. — Si può dire che la sentenza pronunzia su *cosa non domandata*, quando, per esempio, in luogo della *cosa* che si domanda, se ne aggiudichi il *prezzo*; quando si *mantenga* in possesso chi chiedeva soltanto d'essere *reintegrato* nel medesimo; quando insieme al *capitale* cui si limitava la domanda si concedano anche gli *interessi* — Si può dire che la sentenza aggiudica più di quel che si è domandato quando, per esempio, a chi domanda l'*usufrutto* si attribuisca la *proprietà*; quando a chi domandi una *parte* della cosa se ne attribuisca una porzione maggiore o la cosa tutta intiera; ec. *V.* CHAUVEAU *in* Carré, 1745, 1746 — *V.* anche BORSARI, *Comm.* all'art. 517-4° e 5° cod. pr. civ.

[4] L. 18 *comm. divid.*, X, 3.

che deve aprir l' adito al ricorso in cassazione.

In senso inverso v'è *difetto di giudicato* e violazione di legge che fa luogo a ricorso per cassazione quando la sentenza abbia omesso di pronunziare sopra alcuno dei capi della domanda fatta dalle parti. Ma poichè le domande delle parti si misurano soltanto dalle *conclusioni*, [1] e non dalle allegazioni o ragionamenti che le precedono, non si potrà a questo titolo ricorrere in cassazione se non quando i capi della domanda sui quali il giudice ommise di pronunciare, siano stati dedotti per conclusione speciale. [2] Non è per altro indispensabile che pronunci su tutti i capi una sentenza definitiva; non vi sarebbe ommissione quando su alcuni capi di domanda avesse solo pronunciato una sentenza interlocutoria, ed una sentenza definitiva sugli altri. [3]

Al *difetto di giudicato* analogo è il caso che la sentenza contenga *disposizioni contradittorie*; [4] e sono *contradittorie* le disposizioni, le quali sono talmente tra loro inconciliabili che l' esecuzione dell' una impedisce l'esecuzione dell'altra. Le disposizioni contradittorie si distruggono a vicenda e rimettono la controversia nello stato medesimo in cui si trovava prima della sentenza.

Si fa luogo al ricorso in cassazione anche quando la *sentenza è contraria ad altra sentenza* già passata in giudicato e pronunciata tra le stesse parti e sul

[1] Art. 176 cod. pr. civ.

[2] Art. 517-6° in f. cod. pr. civ. — L'ommissione di pronunciare sulle spese non apre la via alla cassazione — *V.* art. 370 in f. cod. pr. civ.

[3] *V.* PIGEAU, I, p. 605.

[4] Art. 517-7° cod. pr. civ. — La contradizione deve riferirsi al *dispositivo* e non ai *motivi* della sentenza.

medesimo oggetto, sempre che la sentenza abbia pure pronunciato sull' eccezione di cosa giudicata; chè altrimenti si fa luogo al giudizio di *revocazione* [1] — Nel corso del giudizio, per esempio, il convenuto propone formalmente l'eccezione della cosa giudicata; il giudice, rigettando l'eccezione, condanna il convenuto ed emana una sentenza che si trova contraria alla precedente. Si fa luogo a cassazione per la ragione che due sentenze contrarie non possono giuridicamente coesistere senza supporre che l'una delle due contenga una violazione di legge.

Se l'eccezione siasi proposta e la sentenza abbia ommesso di pronunciare sulla medesima, si fa pur luogo a ricorso in cassazione per difetto di giudicato — Ma, se non fosse l'eccezione della cosa giudicata stata proposta e la sentenza si trovasse più tardi contraria ad altra sentenza passata in giudicato, sorge allora una condizione di cose identica a quella in cui si trova la sentenza quando venga a scoprirsi posteriormente un documento decisivo in senso contrario; nel qual caso si fa luogo al rimedio della revocazione. [2]

In ultimo non convien dimenticare che la corte di cassazione è sovente chiamata direttamente a pronunciare sui conflitti di giurisdizione. [3]

La legislazione francese invece della cassazione concede la revocazione — *requète civile* — per violazione delle forme di procedura prescritte sotto pena di nullità, per eccesso o per difetto di giudicato, per disposizioni contradittorie nella sentenza e per sentenze contrarie. [4]

[1] Art. 517-8° cod. pr. civ.
[2] *V.* art. 494-5° cod. pr. civ.
[3] *V.* art. 108, 115 cod. pr. civ. *V. sopra* § 36.
[4] Art. 480 cod. pr. civ. franc.

La legislazione italiana mutò sistema ed autorizza, come abbiamo veduto, il ricorso per cassazione; nel che noi dobbiamo ravvisare un vero progresso. La necessità d'aprire in questi casi la via alla cassazione non si fonda soltanto su ciò che vi si contiene sempre una violazione di legge, ma anche sulla considerazione che il giudice che ha pronunciato la sentenza, è quello che meno d'ogni altro conviene al giudizio di revocazione. Imperocchè la violazione di legge che si contiene in questi titoli, suppone in ogni caso, se non la mala fede, l'imperizia o la negligenza del giudice, il quale offeso nel suo amor proprio non si può credere tanto spassionato ed imparziale da riformare, occorrendo, nel giudizio di revocazione la sentenza che pronunciò nel giudizio d'appello. [1]

§ 67. Natura della competenza per materia.

La competenza per materia è assoluta — Conseguenze che ne derivano — Il tribunale civile è affatto incompetente in materia commerciale — Se le parti possano, eliminato il giudizio di primo grado, portar direttamente la controversia davanti il giudice d'appello — Se le parti possano rinunciare preventivamente all'appello.

La legge costituisce e diversamente ordina i tribunali, e poi fra questi distribuisce in diversa misura la giurisdizione secondo la diversa natura od importanza della controversia a fine di assicurare con un sistema sapientemente preordinato la miglior possibile amministrazione della giustizia. Si può dunque dire che la distribuzione della *competenza per materia*, che

[1] *V. sopra* § 36 — *V. Relazione sul cod. pr. civ.* p. 202 e 220 — PESCATORE, *Sposizione compendiosa* ec., I, p. 112.

alcuni chiamano anche *competenza d'attribuzione*, [1] si fonda su considerazioni di ragion pubblica. E siccome — *privatorum conventio juri publico non derogat* [2] — così la competenza per materia è, come suolsi dire, una *competenza assoluta*; tale cioè che non può mai essere mutata per volontà espressa o tacita dei privati.

La verità di questa proposizione, conseguenza logica del sistema, è confermata dalla legislazione positiva — La regola formalmente enunciata, per cui la giurisdizione non può essere prorogata dalle parti, [3] più propriamente appartiene alla competenza per materia, come risulta dalle applicazioni che passo passo ne va facendo la legge. Così per esempio, la ritiene immutabile quando stabilisce che l' incompetenza per materia o valore si possa proporre in qualunque *stato* e *grado* della causa, e che, non proposta, si debba pronunciare *d'uffizio*. [4] Che anzi la ritiene talmente immutabile, che sebbene il giudice dell'azione sia pure il giudice dell' eccezione, non diventa tuttavia competente a conoscere delle controversie, che la proposta eccezione solleva, se queste parimente non rientrino, secondo le regole generali, nella sfera della sua competenza d'attribuzione. [5]

Data la regola che la competenza per materia non può essere mutata per volontà dei privati, ne segue dapprima che l'azione penale non si può mai util-

[1] Goujet et Merger, *V. competence*, 6.

[2] L. 45 § 1 *de reg. jur.*, L. 17 — Art. 12 *dispos. prel. al* cod. civ.

[3] Art. 69 cod. pr. civ.

[4] Art. 187, 490 cod. pr. civ.

[5] *V. infra* § 75.

mente proporre al foro civile, e viceversa l'azione civile al foro penale, salvochè si tratti d'azione civile colla penale connessa, per cui la legge stessa, come abbiamo veduto, introduce una speciale eccezione. [1] — Ne segue inoltre che per volontà delle parti o del giudice stesso non può il tribunale di commercio divenir competente a conoscere d'una controversia di contenzioso civile ordinario, che la legge attribuisce alla cognizione del tribunale civile; e viceversa il tribunale civile non può divenir competente a conoscere d'una controversia di contenzioso commerciale, che la legge affida al tribunale di commercio.

In questo ultimo caso tuttavia pensano alcuni che il tribunale civile potrebbe conoscere d'una controversia commerciale quando la parte interessata non abbia sollevato l'eccezione d'incompetenza. Nel tribunale civile, si dice, risiede la pienezza della giurisdizione; la sua incompetenza non è dunque in materia commerciale radicale, assoluta. La legge attribuendo una parte della giurisdizione civile al tribunale di commercio volle provvedere all' interesse dei contendenti, che possono liberamente rinunciare al benefizio della legge. La sentenza del tribunale civile, quando non sia sollevata l'eccezione d'incompetenza, è dunque pienamente legale. Tale è l' opinione della più parte degli scrittori francesi, confermata dalla giurisprudenza della corte di cassazione [2] — Ma questa dottrina non è esatta. È vero che nel tribunale civile risiede la pienezza della giurisdizione, ma è vero altresì che a questa pienezza di giurisdizione si è derogato nel con-

[1] *V. sopra* § 64.
[2] *V.* Chauveau in Carré, *Comm.* art. 170.

tenzioso commerciale, che si è attribuito esclusivamente al tribunale di commercio, e per cui il tribunale civile si trova affatto incompetente — Il dire che l'eccezione è stata indotta in favore esclusivo delle parti è risolvere la questione con ciò appunto ch'è in questione — Certamente se fosse dubbio sulla natura civile o commerciale della controversia, dovrebbe nel dubbio prevalere la competenza del tribunale civile, come nel dubbio la regola prevale all'eccezione; ma, data una controversia commerciale, il tribunale civile, incompetente qual è, deve dichiarare anche d'uffizio la propria incompetenza. [1]

La competenza per materia non è meno assoluta in ordine al grado dei tribunali. La corte d'appello è incompetente a conoscere delle controversie che la legge conferisce alla cognizione del tribunale civile o commerciale; questi tribunali a loro volta sono incompetenti a conoscere delle controversie attribuite al pretore, e il pretore è incompetente a conoscere delle controversie affidate al conciliatore; e viceversa il giudice inferiore non può pronunciare su controversie che la legge riserva al giudice superiore nella gerarchica giudiziaria.

Rispetto al grado di giurisdizione si presenta un dubbio assai grave e diversamente risolto dagli scrittori: si tratta di vedere se le parti possono preventivamente rinunciare al giudizio di primo o di secondo grado; in altri termini, se per volontario accordo delle parti si possa eliminare il giudizio di primo grado e proporre direttamente la questione all'autorità giu-

[1] *V.* in questo senso Boitard et Colmet-Daage, I, 351, e Bonnier, *Éléments d'organ. judic. et de proc. civ.*, 99, 201.

diziaria d'appello; e viceversa se si possa preventivamente eliminare il giudizio d'appello e ritenere come irrevocabile la sentenza del primo giudice.

Potranno dunque primieramente le parti di comune accordo portare direttamente, — *omisso medio* — la loro controversia in primo ed ultimo grado davanti l'autorità giudiziaria d'appello? — In senso affermativo si può dire che ritenendo efficace la convenzione, si porge ai contendenti il mezzo di terminare la lite con maggiore economia di tempo e di spesa — che l'autorità giudiziaria d'appello non è incompetente in modo assoluto, poichè può giudicare la controversia stessa in secondo grado — che il doppio grado di giurisdizione è un benefizio indotto a favore dei contendenti i quali liberamente possono rinunciarvi.— che potendo i contendenti troncare la loro controversia colla transazione o conferirne, mediante il compromesso, la soluzione al giudizio degli arbitri, possono del pari farla risolvere in primo ed ultimo grado dall'autorità giudiziaria d'appello — che devesi anzi l'accordo intervenuto fra i contendenti considerare come una transazione condizionale o, meglio, come un compromesso, con cui rimettonsi all'arbitramento del giudice d'appello — che infine tale facoltà alle parti concessa non potrebbe recare gravi perturbazioni nel servizio della giustizia, sia perchè si tratterebbe di casi assai rari, sia perchè si potrebbe, come vogliono alcuni, concedere nello stesso tempo al giudice d'appello la facoltà di rifiutare il suo giudizio quando crede più conveniente far precedere il giudizio di primo grado. E tale è pure la dottrina della più parte degli scrittori francesi conforme alla costante giurisprudenza della corte di cassazione.[1]

[1] *V.* Bonnier, *Éléments d'organ. judic et de pr. civ.*, I, n.

Pare a noi che questa dottrina sia condannata dal testo della legge. Imperocchè la legge mentre da un lato dichiara che non si possono proporre nel giudizio d'appello *domande nuove* ed impone l'obbligo al giudice, se proposte, di rigettarle anche d'uffizio; [1] vieta formalmente dall'altro la prorogazione della giurisdizione per volontà delle parti. [2] Il giudizio di primo grado non è che un esperimento con cui si prepara la via al vero giudizio che si svolge davanti il giudice d'appello [3] or se si permettesse alle parti d'eliminare il giudizio di primo grado e di portare la controversia direttamente davanti il giudice superiore, si spingerebbe la giurisdizione d'appello fuori de' suoi naturali confini, poichè si metterebbe il giudice d'appello nella necessità di far esso il primo esperimento e di emanare in conseguenza una decisione che più non avrà quella autorità morale e legale, che si deve alle sentenze di appello attribuire. — Certo dovea esser data ai privati facoltà di transigere e di inserire nella transazione quei patti e condizioni che credono di loro interesse: ma non si può permettere che colla transazione, tuttochè degna d'ogni miglior favore, si venga a derogare in qualsiasi modo all'ordine dei giudizi stabilito nell'interesse pubblico — Quel che dicesi della transazione, s'applica ugualmente al compromesso; i privati possono prendero per arbitri anche tutti i membri del tribunale d'appello; ma questi, se accettano l'incarico, sarebbero competenti come *arbitri*, non come *giudici per-*

147 — Dalloz. Rep. *V. Degrés de jurid.* — Lavielle, *Études sur la pr. civ.*, p. 307.

[1] Art. 490 cod. pr. *V. sopra* § 65.

[2] Art. 69 cod. pr. civ.

[3] *V. sopra* § 35.

manenti; e come arbitri riceverebbero il loro potere dal compromesso, [1] come giudici permanenti lo ricevono invece dalla legge, e non possono esercitarlo se non entro i limiti dalla legge stessa determinati — Appena è poi da aggiungersi che non si può invocare questa facoltà come uno dei mezzi più facili di por fine prontamente al litigio; chè se tale osservazione valesse ci porterebbe logicamente all' abolizione del giudizio di primo grado, o, quel che è lo stesso, all' abolizione dell' appello, che pur sappiamo [2] indispensabile ad una buona amministrazione della giustizia civile. [3]

Venendo ora all' altro aspetto della questione, si domanda se le parti possono rinunciare al giudizio di appello e far decidere dal primo giudice la controversia in primo ed ultimo grado.

La rinuncia preventiva all' appello è autorizzata da una speciale disposizione di legge nel compromesso; e si può fare espressamente od anche tacitamente conferendo agli arbitri la facoltà di pronunziare come amichevoli compositori; [4] ma trattandosi di giudice permanente la legge tace. [5] Dal silenzio della legge sembra a primo aspetto doversi dedurre che la disposizione concernente il compromesso contenga un' eccezione alla regola contraria che vieterebbe la rinuncia

[1] *V. sopra* § 16.
[2] *V. sopra* § 35.
[3] *V.* in questo senso MERLIN, *Questions de droit, V.° Appel*, § 14, art. 1, n. 21 — CHAUVEAU in Carrè, 1674-4° — LAVIELLE, *Études sur la proc. civ.* p. 309.
[4] Art. 28 cod. pr. civ.
[5] *V. sopra* § 20. Il codice di commercio sardo (art. 684 in f.) permette la rinuncia preventiva all'appello davanti i tribunali di commercio; la qual disposizione non venne più ripetuta nel codice italiano.

preventiva all' appello; regola che avrebbe il suo fondamento nella necessità di mantener saldo in ogni caso l'ordine dei giudizi e la competenza d'attribuzione. La rinuncia preventiva all' appello sarebbe dunque nulla e di nessun effetto, come nulla e di nessun effetto sarebbe la rinuncia preventiva alla prescrizione.[1]

Noi non sappiamo approvare questa dottrina e teniamo che valida ed efficace si debba reputare la preventiva rinuncia all'appello. I privati, quando altrimenti non difettino delle volute condizioni di capacità, possono liberamente disporre dei loro diritti, possono trasferirli in altri in tutto od in parte, a titolo oneroso o gratuito, in modo puro e semplice o sotto condizione, e, quando un diritto loro sia controverso, possono troncare la controversia colla transazione. Or che cosa è la rinuncia preventiva all'appello? nella sostanza è una transazione condizionale, è una transazione che fa dipendere i diritti rispettivi delle parti dalla sentenza del primo giudice, che rispetto ad esse sarebbe irrevocabile. La facoltà di rinunciare preventivamente all' appello è dunque una conseguenza logica della facoltà che ciascuno ha di liberamente disporre delle cose sue, così che la legge che autorizza la rinuncia preventiva all'appello dalle sentenze arbitrali non fa che l' applicazione d' un principio di ragion comune. Se colla renuncia preventiva all'appello si venisse poi realmente a mutar l'ordine dei giudizi, o a derogare in qualche modo alla competenza per materia, non esiteremmo a dirla nulla e di nessun effetto; ma ciò non è — La rinuncia

[1] Art. 2107 cod. civ.

preventiva all'appello non muta l' ordine dei giudizi, come non muta l'ordine dei giudizi chi s'astiene di ricorrere al giudice e fa un sacrifizio del suo diritto alle pretese dell'avversario. Se colla rinuncia preventiva si mutasse l' ordine dei giudizi, ne verrebbe che il giudizio, una volta iniziato dovrebbe in ogni caso necessariamente proseguirsi sino al suo termine naturale, ossia sino alla sentenza del giudice definitiva ed irrevocabile; che in conseguenza più non se ne potrebbe arrestare il corso colla transazione che pure è permessa ai contendenti durante il giudizio, nè colla rinuncia all'appello posteriore alla sentenza di primo grado, che è d'altronde dalla legge espressamente autorizzata. [1] — La rinuncia preventiva all' appello non deroga nemmeno alla competenza per materia; poichè il giudice di primo grado anche in tal caso è chiamato a pronunciare su quelle stesse e sole controversie che sono dalla legge attribuite alla sua cognizione. Se, come più innanzi abbiam detto, non si può rinunciare al giudizio di primo grado, si è perchè si verrebbe a conferire al giudice d'appello una competenza che dalla legge non ha; ma colla rinuncia all'appello in nulla si muta la competenza del primo giudice: solo la sentenza di primo grado che generalmente si può ancora impugnare, riceve nel caso concreto dalla convenzione delle parti un valore definitivo ed irrevocabile. [2]

S' oppone forse a questa conclusione la natura del diritto? la facoltà d'appellare è forse tale da non poter formare oggetto di convenzione? Così sembra la

[1] Arg. art. 485 cod. pr. civ.

[2] Lavielle, *Études sur la pr. civ.* p. 300.

pensino quelli che traggono un argomento d' analogia da quanto stabilisce la legge intorno alla prescrizione. A questa obiezione ci limitiamo a rispondere che possono formare oggetto di convenzione tutte le cose che sono in commercio, [1] non escluse le future [2] — che rispetto alle cose future la legge fa alcune eccezioni, e tra queste non enumera la rinuncia all' appello — che se alla prescrizione non ancora compiuta non si può rinunciare è perchè la rinuncia è vietata da una espressa disposizione di legge, [3] che come eccezionale non si può estendere ai casi simili.

[1] Art. 1116 cod. civ.
[2] Art. 1118 cod. civ.
[3] Art. 2107 cod. civ.

TITOLO III.

COMPETENZA PER TERRITORIO.

§ 68. Competenza per domicilio del convenuto.

Nella competenza per territorio prevale la volontà delle parti — Il domicilio del convenuto determina la sede del giudizio — Diritto comune — Azioni personali ed azioni reali mobiliari — Azioni ipotecarie — Azioni pregiudiziali — Domicilio, residenza e dimora.

Nella *competenza per materia* domina sovrana la disposizione della legge, nella *competenza per territorio* domina invece la volontà delle parti — Imperocchè la distribuzione della giurisdizione sotto l'aspetto del territorio tende ad avvicinare il giudice a quella sede, in cui presuntivamente torna ai contendenti più comodo e meno dispendioso il giudizio; a questo scopo supremo la legge coordina tutte le sue disposizioni. Ma poichè i migliori giudici di questa sede sono nei singoli casi i litiganti stessi, vien loro data facoltà di derogare di comune accordo alle norme legali di competenza geografica e di portare la controversia davanti quel giudice che credono di loro maggior convenienza, purchè sia competente per materia.

Il luogo poi, in cui meglio conviene stabilire la sede del giudizio evidentemente è quello, in cui le parti hanno il loro domicilio. E non v' è difficoltà

quando amendue le parti hanno domicilio in luogo dipendente della medesima giurisdizione: ma quando i litiganti sono domiciliati in luoghi dipendenti da giurisdizioni diverse, nasce il dubbio se debba il domicilio del convenuto prevalere a quello dell' attore o viceversa; e noi teniamo che nel conflitto debba in generale prevalere il domicilio del convenuto. Imperocchè dovendosi, per rendere posibile il giudizio, imporre al convenuto l'obbligo di comparire sulla semplice e non ancora giustificata domanda dell' attore, giustizia vuole che intanto al convenuto stesso si rechi il minor possibile incomodo e s' obblighi a comparire davanti il giudice più vicino che è quello del suo domicilio. Di qui la regola ammessa da tutte la legislazioni — *actor sequitur forum rei.*

Che anzi il domicilio del convenuto considerato come titolo determinante la competenza territoriale costituisce secondo noi il diritto comune in questo argomento; quella stessa considerazione di giustizia su cui si fonda la regola — *actor sequitur forum rei* — ne induce pure nella convinzione che in questo senso si debba intendere il sistema della legge, la quale per altro si limita a fare un' enumerazione delle principali specie d' azioni ed a dichiarare per ciascuna di esse quale sia il giudice competente per territorio. [1]

Al foro dunque del domicilio del convenuto si devono in generale proporre le *azioni personali mobiliari* ed *immobiliari,* non che le *azioni reali mobiliari* che sono nella pratica pareggiate alle personali. [2] — Quando pertanto la legge dichiara doversi le *azio-*

[1] *V.* art. 90-98 cod. pr. civ.

[2] Art. 90 cod. pr. civ — *V. sopra* § 46 in f.

ni personali e le *reali mobiliari* contro una *società* proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è la *sede dell' amministrazione*, o si trova uno degli *stabilimenti con un rappresentante della società*, [1] dà bensì per tali azioni una norma più certa di competenza, ma nella sostanza non fa che una semplice applicazione del diritto comune; poichè la società tiene appunto in detto luogo il suo domicilio.

Parimente l' *azione ipotecaria* che è un' azione *reale mobiliare*, [2] si deve pure, come le altre azioni reali mobiliari, proporre al tribunale del domicilio del convenuto. Se non che rispetto all' azione ipotecaria vuolsi avvertire, che quando si tratta di *validità* dell' ipoteca il convenuto è il *proprietario* del fondo che l' ipoteca colpisce; quando invece si tratta del suo *esercizio* il convenuto è il *fondo stesso ipotecato* che si può considerare come un secondo debitore, e conseguentemente in tal caso è competente il tribunale del luogo, ove il fondo ipotecato si trova [3]

Siccome poi, sempre quando non risulta dell' eccezione, si deve fare ritorno al diritto comune ed applicare la regola generale; così diremo che le *azioni pregiudiziali* di cui la legge non fa parola, come pure tutte quelle altre azioni, per cui non siasi indicata una speciale competenza, si devono anche proporre al tribunale del luogo in cui il convenuto ha il suo domicilio.

Il *domicilio* si distingue dalla *residenza*, e l' uno e l' altra si distinguono dalla *dimora*. Propriamente il *domicilio* è la *sede giuridica della persona*, ossia il luogo, ove uno è o si reputa presente per l' esercizio

[1] Art. 90 in f. cod. pr.
[2] *V. sopra* § 46.
[3] Arg. art. 563, 564, 570 cod. pr. civ.

dei suoi diritti e per l'adempimento delle sue obbligazioni;[1] e questa presenza si presume nel luogo in cui la persona ha la sede principale dei propri affari ed interessi.[2] La *residenza* è il luogo in cui la persona ha il suo soggiorno abituale;[3] ma siccome ciascuno risiede generalmente nel luogo in cui tiene il centro dei suoi affari; così il più delle volte la residenza e il domicilio, giuridicamente distinti, in fatto si confondono. Quando pertanto si dice competente per territorio il giudice del domicilio del convenuto non si vuole escludere la *residenza* in guisa che a questa quello prevalga, o viceversa; ma si vuol soltanto indicare che il domicilio e la residenza devono essere, e sono realmente dalla legge considerati come titoli perfettamente uguali di competenza territoriale.[4] — La *dimora* poi è il luogo in cui la persona temporaneamente si trova. È manifesto che la dimora non può essere reputata come un titolo ordinario di competenza, siccome quella che è sempre determinata da circostanze affatto accidentali. Tuttavia nulla impedisce che si possa considerare come un titolo suppletivo nel caso che la persona non abbia domicilio o residenza conosciuta.[5]

[1] MARCADÈ, *Explication theor. et pratique du cod. nap.* n. 209.

[2] Art. 16 cod. civ.

[3] Art. 16 in f. cod. civ.

[4] Art. 90 pr. cod. pr. civ. Se però il convenuto avesse il domicilio in un luogo e la residenza in un altro, sarebbe egualmente competente l'uno e l'altro giudice a scelta dell'attore.

[5] Art. 90 cod. pr. civ.

§ 69. Competenza per situazione della cosa.

Titoli di competenza territoriale — Competenza per situazione della cosa — Azioni reali immobiliari petitorie — Azioni possessorie — Azioni personali ed azioni reali concorrenti — Prevenzione.

Quando speciali considerazioni e circostanze dimostrino, che i contendenti avrebbero, come più comodo, scelto un tribunale diverso da quello del domicilio del convenuto, la legge secondandone la presunta intenzione trasferisce in altro luogo la sede del giudizio — Per il che avviene, che sorgono come titoli eccezionali di competenza territoriale la *situazione della cosa*, il *contratto*, l' *amministrazione*, la *società* e la *successione*.

Al tribunale della *situazione della cosa* — *rei sitæ*, — si devono proporre le *azioni reali immobiliari*. Nel luogo in cui è situato l' immobile, succedono per lo più i fatti che dan luogo al litigio; si può addivenire più speditamente e con minore spesa all' accesso giudiziale, alle perizie, all' esame di testimoni, e simili; si possono insomma più facilmente preparare e raccogliere gli elementi necessari alla soluzione della controversia. Il perchè rimane pienamente giustificato questo titolo speciale di competenza territoriale.[1]

Tutte le azioni reali immobiliari voglionsi proporre al foro *rei sitæ*, non meno le *petitorie*, che le *posses-*

[1] Se l' immobile dipendesse da giurisdizioni diverse, l' attore avrebbe la scelta di proporre l' azione o davanti il giudice del luogo in cui è posta la parte di maggior valore, o davanti il giudice del luogo in cui è posta una parte qualunque dell' immobile e si trova insieme il domicilio o la residenza d' uno dei convenuti (art. 93 cod. pr. civ.)

sorie. Nè si può rispetto alle *petitorie* distinguere tra le azioni che tendono a tutelare la proprietà, come la *rivendicazione* o la libertà del fondo, come la *negatoria*, e quelle altre che son destinate a proteggere un diritto di servitù, come la *confessoria*, od un altro diritto reale immobiliare procedente dai frazionamenti della proprietà.

Rispetto alle *possessorie* la cosa muterebbe aspetto se dovessimo seguire esclusivamente la logica del principio che abbiamo esposto. Non v'è dubbio che al foro *rei sitæ* si deve proporre l'azione di *manutenzione in possesso*; perocchè sappiamo che questa è un'*azione reale immobiliare*, [1] naturalmente compresa nella locuzione generale della legge. [2] Ma le altre azioni possessorie, l'azione di *spoglio*, la *denuncia d'opera nuova*, l'azione di *danno temuto*, l'azione di *sfratto per locazione finita*, l'azione per *inosservanza delle distanze nei piantamenti d'alberi e di siepi* e infine l'azione per *danni e guasti dati ai fondi urbani o rustici*, essendo tutte *azioni personali*, dovrebbero essere secondo la regola generale proposte al foro del domicilio del convenuto, se la legge non avesse per considerazioni speciali stabilito che anche queste azioni si dovessero proporre al tribunale del luogo in cui è situato l'immobile. [3]

Esponendo la teoria delle azioni abbiamo notato che due azioni, l'una reale e l'altra personale possono concorrere tra le stesse persone in uno scopo analogo, se non perfettamente identico; il che succede quando

[1] *V. sopra* § 51.
[2] Art. 93 cod. pr. civ.
[3] Art. 82, 93 cod. pr. civ.

si tratta di *esecuzione*, ovvero di *risoluzione, rescissione* o *rivocazione* d'un contratto avente per effetto la traslazione della proprietà d'una cosa certa e determinata. [1] In tal caso le due azioni mantenendosi tuttavia distinte, si deve secondo le esposte regole l'azione personale proporre al foro del domicilio del convenuto, e la reale al foro *rei sitæ*; [2] che anzi, l'opportunità del giudizio dipendendo necessariamente dal beneplacito delle parti, queste potrebbero instituire contemporaneamente le due azioni davanti i due diversi tribunali, se trattandosi di connessione di causa la legge non avesse eliminato questo pericolo stabilendo che in tal caso si debba far luogo alla *prevenzione*. [3] Ma la *prevenzione* stessa ci conduce a questo risultato, che, proposta prima l'azione reale, il giudice della situazione della cosa è il solo competente anche per l'azione personale, e viceversa, proposta prima l'azione personale, resta solo competente anche per l'azione reale il giudice del domicilio del convenuto. [4]

[1] *V. sopra* § 44.

[2] Sembra dunque inesatta la dottrina del Borsari che considera le due azioni come una sola azione personale, che si deve sempre proporre al foro del domicilio del convenuto, ad eccezione del caso che l'azione sia proposta contro il terzo possessore — *V.* BORSARI, *Comm. all'art.* 93 cod. pr. civ.

[3] Art. 104 in f. cod. pr. civ. — *V. infra* § 75.

[4] Se, come si proponeva nel *progetto de codice di proc. civ.* (art. 94) la legge avesse parificato le *azioni personali immobiliari* alle *reali,* in quel modo stesso che parificò le *azioni reali mobiliari* alle *personali*, avrebbe semplificato di assai le norme di competenza, e forse meglio raggiunto lo scopo che si era prefisso, di portare cioè la sede del giudizio nel luogo, ove più facile riesce la soluzione della controversia — *V.* tuttavia art. 662 cod. pr. civ.

§ 70. Competenza per contratto.

Giudice competente per contratto — Condizioni necessarie nelle materie civili — La competenza per contratto non esclude la competenza per domicilio.

Le *azioni personali* e le *azioni reali mobiliari* si propongono secondo il diritto comune al foro del domicilio del convenuto: [1] ma quando derivano da una convenzione *si possono anche proporre* davanti l'autorità giudiziaria o del luogo in cui si è concluso il contratto, o del luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione, o infine del luogo, in cui trovasi la cosa mobile oggetto dell'azione. [2] La legge presume che col fatto stesso della convenzione siansi le parti tacitamente assoggettate anche a questa giurisdizione.

Affinchè tuttavia si possa far luogo alla competenza per *contratto* due condizioni si richiedono, che cioè il convenuto si trovi in luogo dipendente dall'autorità giudiziaria a cui si vuole proporre l'azione e che sia nel luogo stesso personalmente citato. La prima condizione si verifica per la presenza anche fortuita e momentanea del convenuto in detto luogo; ma la citazione non fatta *in persona propria* sarebbe affatto inefficace a radicare la competenza di cui si parla. Il concorso di queste due condizioni, attesi i bisogni

[1] Per diritto affatto eccezionale « nelle controversie relative alle *imposte dirette o indirette* l'azione, anche quando l'amministrazione dello stato sia *attrice*, deve essere proposta davanti il tribunale nella cui giurisdizione è l'ufficio che deve riscuotere od ha riscosso l'imposta » (art. 92 in f. cod. pr. civ.)

[2] Art. 91 pr. cod. pr. civ.

speciali del commercio, non è più richiesto nelle materie commerciali. [1]

Notiamo in ultimo che la competenza per contratto non esclude la competenza del giudice del domicilio del convenuto; l'attore può scegliere il tribunale che crede di sua maggior convenienza, salvo che sia convenuta una delle amministrazioni dello stato: nel qual caso l'azione *si deve sempre proporre* davanti l'autorità giudiziaria del luogo, in cui fu contratta, o deve eseguirsi l'obbligazione, o si trovi la cosa mobile, oggetto dell'azione. [2]

§ 71. Competenza per resa di conti.

Foro competente per resa di conti — Luogo in cui l'amministrazione è esercitata e luogo in cui l'amministrazione è conferita.

Il tutore, il mandatario, il *negotiorum gestore* in generale tutti quelli che a qualunque titolo amministrano gli affari altrui, sono obbligati a render conto della tenuta amministrazione. Ciascun vede che quando si tratta di *resa di conti* il tribunale che meglio conviene al giudizio, è quello del luogo — *rei gestæ* — potendosi ivi con maggior facilità e prontezza raccogliere tutti gli elementi necessari od utili alla soluzione della controversia. Con savio consiglio pertanto la legge vuole che l'*azione per la resa di conti* si proponga all'autorità giudiziaria del luogo in cui l'amministrazione fu *conferita* o *esercitata*. [3]

[1] Art. 91 in f. cod. pr. civ.
[2] Art. 92 pr. cod. pr. civ.
[3] Art. 97 cod. pr. civ.

Dalla disposizione della legge risulta che oltre il giudice del luogo, in cui è *esercitata*, è pure competente a conoscere dell'azione per la resa di conti il giudice del luogo in cui l'amministrazione è *conferita;* e l'amministrazione si conferisce col mandato. Ma la competenza di quest'ultimo giudice, che può essere assai lontano dalla sede dell'amministrazione, non è più giustificata da così potenti ragioni, e può inoltre dar luogo a controversie gravissime al solo scopo di determinare quale sia precisamente il luogo della *conferita* amministrazione. Crediamo però che meglio avrebbe provveduto la legge, se ad esempio di altre precedenti legislazioni [1] avesse per la resa di conti limitato la competenza al foro *rei gestæ*.

§ 72. Competenza per società.

Foro della società. — Quando costituisca un'eccezione al diritto comune — Azioni che si devono proporre al foro della società — Azione contro un terzo per farlo dichiarare socio.

Colla costituzione d'una *società* si crea un ente morale che si fa centro di molti e svariati interessi, i quali per maggior comodo dei soci vogliono essere trattati alla sede stessa della società. Le azioni dunque *tra soci* si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui la società ha il suo principale stabilimento: [2] la qual disposizione, concepita com'è in termini generali, naturalmente s'estende tanto alle società civili, quanto alle società commerciali.

[1] *V.* art. 439 *Regolamento giudiziario pontificio* — Art. 610, *Leggi di proc. civ. del regno di Napoli.*

[2] Art. 96 pr. cod. pr. civ.

Fin che si dice che le azioni *contro la società* si devono dai soci proporre al giudice del luogo in cui essa ha il suo principale stabilimento, non s'enuncia cosa che si allontani dal diritto comune, poichè la società, come sappiamo, tiene appunto in questo luogo il suo domicilio; [1] l'eccezione propriamente riguarda il caso, in cui, si tratti d'azioni da proporsi dalla società *contro i soci*; la società attrice invece di seguire, come dovrebbe secondo il diritto comune, il foro del convenuto, costringe quest'ultimo, ovunque sia domiciliato, a comparire davanti il giudice del luogo in cui la società ha il suo domicilio.

Al foro della *società* si propongono le *azioni fra i soci*, personali e reali, mobiliari ed immobiliari, poichè tutte sono comprese nei termini generali della legge. Ma è nello stesso tempo indispensabile che dipendano esclusivamente dalla qualità di *socio*, come sono le azioni concernenti le obbligazioni reciproche de'soci, non che le azioni riguardanti la liquidazione e la divisione della società, non esclusa l'azione in rescissione della già seguita divisione; perocchè l'azione in rescissione avendo per effetto di annullare la divisione già fatta per far luogo ad una divisione nuova, deve essere sotto quest'aspetto parificata all'azione stessa in divisione. [2] Le azioni *contro i soci* ed estranee alla qualità di socio, e, tanto più, le azioni *contro i terzi* non sono comprese in questa competenza speciale; per queste azioni ripiglia vigore il diritto co-

[1] *V. sopra* § 68.

[2] Questa competenza è naturalmente temporanea e cessa dopo trascorso un biennio dalla divisione — (Art. 96 in f. cod. pr. civ.)

mune o quell'altra competenza eccezionale che sarebbe determinata dalla natura della controversia che si vuole sollevare.

Si può tuttavia dubitare se al foro della società si possa proporre l'azione della società promessa contro un terzo allo scopo di farlo dichiarar socio. Ma considerando che la legge quando parla di azioni *tra i soci* allude manifestamente al caso che già risulti della qualità di socio nel convenuto, sembra che l'azione si debba secondo la regola generale proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto ha il suo domicilio. [1]

§ 73. Competenza per successione.

Successione — Luogo dell'aperta successione — Successione aperta all'estero — Azioni che si propongono al foro dell'aperta successione — Azioni nascenti dal fatto della successione — Azioni dei creditori creditari — Tempo in cui si possono proporre.

Quel complesso di diritto — *universum jus* — che costituisce il *patrimonio* di ciascuno, venendo questi a morire, cangia nome e chiamasi *eredità*, [2] che come persona morale rappresenta il defunto ne' suoi diritti patrimoniali sino all'accettazione. [3] Il perchè

[1] L. 14 *de legib.*, I, 3 — La disposizione dell'art. 723-8° del codice di commercio riguarda la competenza per materia.

[2] Ciò si deduce dall'unica definizione dell'eredità che si incontra nel diritto romano. *V.* L. 24, *de verb. signif.*, L. 16; L. 62, *de reg. jur*, L. 17 — *Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus quod defunctus habuerit.*

[3] Pr. L *de stipul. serv.*, III, 18 — L. 15 *de interrog. in jur fac.* XI. 1 — L. 31 § 1 *de hered. inst.*, XXVIII, 5 L. 34 pr. *de adq. rer. dom.*, XLI, 1 — L. 22 *de fideiuss.*, XLVI, 1.

la legge dovea stabilire, come stabilì, che il domicilio del defunto s' intendesse, per così dire, continuato temporaneamente nel *luogo dell' aperta successione*, [1] e si reputasse competente il giudice di detto luogo non solo per le azioni che prendono origine dal fatto della successione, ma anche per quelle che già competevano ai terzi contro il defunto [2] — Nel caso tuttavia che l'eredità si apra all'estero la legge, per non costringere gli interessati a ricorrere ai tribunali stranieri rispetto ai beni ereditari che si trovano nello stato, all' ultimo domicilio del defunto sostituisce la situazione degli oggetti mobili od immobili cadenti nell' eredità e dichiara competente il giudice del luogo, ov' è situata la maggior parte dei beni, ed in difetto fa ritorno al diritto comune rendendo competente il giudice del domicilio dell' erede convenuto. [3] La qual disposizione di legge noi crediamo anche applicabile al caso che il defunto non avesse residenza o domicilio conosciuto. [4]

Al foro dell' aperta successione si propongono anzitutto le azioni che prendono origine dal fatto della successione; e tali sono le azioni in *petizione* o in *divisione* dell' eredità e qualunque altra azione tra coeredi sino alla divisione, come per esempio, quelle che si riferiscono alla validità del testamento o delle disposizioni testamentarie; [5] tali sono pure le azioni in *rescissione* della divisione già fatta o in *garanzia delle quote* assegnate; [6] tali infine sono le azioni contro lo

[1] Il luogo dell' aperta successione è appunto il luogo in cui il defunto ebbe il suo ultimo domicilio (art. 923 cod. civ.)
[2] Art. 94 cod. pr. civ
[3] Art. 94 in f. cod. pr. civ.
[4] *V.* Borsari, *Comm.* all' art. 94 cod. pr. civ.
[5] Art. 94-1° cod. pr. civ.
[6] Art. 94-2° cod. pr. civ.

esecutore testamentario, [1] e le azioni dei legatari. [2] Lo *esecutore testamentario*, così detto perchè nominato dal testatore per curare l' esecuzione della sua ultima volontà, [3] coll' accettazione del mandato che l' obbliga alla resa del conto, già si è assoggettato al foro della aperta successione, poichè in questo luogo s' intende *conferita* l' amministrazione. La disposizione della legge tuttavia che dichiara competente il foro della aperta successione, ha il vantaggio di eliminare ogni dubbio e di stabilire su questo punto la certezza della competenza.

Quanto ai *legatari* non v' è dubbio che al foro dell' aperta successione devono proporre le loro *azioni personali* o *reali mobiliari*; ma il testo della legge lascia un dubbio gravissimo intorno alle *azioni reali immobiliari*. [4] Considerando che le azioni reali immobiliari spettanti ai legatari sono pure azioni nascenti dal *fatto della successione* noi teniamo che si debbano anche proporre al foro dell' aperta successione; ma crediamo nello stesso tempo che questo titolo speciale di competenza non s' estenda alle azioni non provenienti dal fatto della successione, che si vogliano promuovere in nome dell' eredità.

Al foro dell' aperta successione si devono inoltre proporre le azioni spettanti ai creditori dell' eredità. E quando si tratta di *azioni personali* o di *azioni reali mobiliari* giustizia vuole che i creditori possano convenire l' erede, ossia il rappresentante del debitore in quel luogo stesso in cui potrebbero convenire il debi-

[1] Art. 94-3° cod. pr. civ.
[2] Art. 94-4° cod. pr. civ.
[3] *V.* i doveri e la responsabilità dell' esecutore testamentario negli art. 906, 908, 910 cod. civ.
[4] *V.* Art. 94-4° cod. pr. civ.

tore quando fosse ancora vivente; chè non devono essere danneggiati da un fatto che loro non è imputabile, come accadrebbe se fossero costretti a proporre le loro azioni al foro del domicilio dell' erede. Ma queste considerazioni non militando in favore delle *azioni reali immobiliari* continua ad essere per queste competente il foro *rei sitæ.*

Lo stato di cose che tien dietro alla successione è essenzialmente temporaneo; perocchè coll' accettazione l' eredità cessa d' esistere e si confonde col patrimonio dell' erede: temporanea però deve pure essere la competenza del foro dell' aperta successione. Per impedire adunque che la negligenza degli uni ridondi a detrimento degli altri si stabilì che la petizione d' eredità ed ogni altra azione trà' coeredi si proponga prima della divisione; che si proponga entro un biennio dalla divisione l'azione in rescissione della divisione già fatta o l' azione in garanzia delle quote dovute — che le azioni contro l' esecutore testamentario e le azioni dei legatari e dei creditori dell' eredità si propongano parimente prima della divisione, e, se la divisione non è necessaria, e non lo è quando un solo è l' erede, entro un biennio dall' aperta successione. [1]

[1] Art. 94 cod. pr. civ.

§ 74 Elezione di domicilio.

Elezione convenzionale di domicilio — Utilità dell'elezione di domicilio — Controversie che si possono proporre al foro del domicilio eletto — Tempo in cui si può fare l'elezione di domicilio — Forma dell'elezione — Effetti di essa — Se l'elezione di domicilio faccia cessare la competenza del domicilio reale.

La distribuzione della giurisdizione sotto l'aspetto del territorio si fonda sulla presunta volontà delle parti: [1] or come alla probabilità prevale la certezza, alla volontà presunta deve prevalere la volontà espressa dei contendenti, i quali in conseguenza possono convenire e d'accordo scegliere quel giudice o tribunale che loro sotto l'aspetto geografico meglio convenga purchè, ben inteso, sia competente per materia — Ecco l'*elezione di domicilio.* [2]

Dal momento che la legge ebbe cura di determinare la competenza territoriale secondo i principii di giustizia e di equità e secondo la maggior convenienza delle parti sembra inutile l'elezione convenzionale di domicilio: ma ciò non è. L'obbligazione assunta non toglie all'obbligato la facoltà di mutare a piacimento il suo domicilio, e di mutare colla mutazione di domicilio il tribunale competente. Parimente in caso di morte dell'obbligato, e, cessata la competenza speciale del foro dell'aperta successione, il creditore dovrebbe seguire, forse con suo grave incomodo, il domicilio dell'erede, suo nuovo debitore — Coll'elezione di domicilio s'evitano tutti questi eventuali pericoli, poichè,

[1] *V. sopra* § 68.
[2] *V.* art. 95 cod. pr. civ. — Art. 19 cod. civ.

qualunque cambiamento avvenga, rimane sempre ed irrevocabilmente competente il giudice del domicilio eletto.

Un' elezione di domicilio generale, per le controversie cioè che potrebbero in generale sorgere fra cer... e determinate persone, dovrebbe, per quel che conce... la competenza, considerarsi nulla e di nessun effetto, per la ragione che l' oggetto della convenzione sarebbe indeterminabile [1] — Ma l' elezione di domicilio si può fare per certe e determinate controversie già insorte ed anche per le controversie che possono insorgere intorno a certi e determinati atti od affari: [2] e in quest' ultimo caso al foro del domicilio eletto si potranno proporre tutte le controversie riguardanti *l' esecuzione* del conchiuso affare, e in conseguenza tutte le questioni d' interpretazione, di nullità, rescissione o risoluzione dell' atto.

L' elezione di domicilio si può fare coll' atto stesso con cui si crea la relazione giuridica, oggetto della futura controversia — Così, nella conclusione d' un contratto si può convenire che le questioni cui potrà dar luogo, saranno portate a quel dato tribunale; è ciò che più comunemente si pratica. Ma se l' elezione si può fare al tempo del contratto, quando cioè si può temere che il debitore subisca la legge del creditore, tanto più si deve permettere in tempo posteriore, in cui più libera e spontanea si deve credere la volontà del debitore — Infine l' elezione di domicilio si può fare anche durante il giudizio; nulla invero impedisce che i contendenti recedano di comune accordo dall' iniziata

[1] Arg. art. 1117 cod. civ.
[2] Art. 19 cod. civ.

procedura e convengano di proporre la loro controversia ad un tribunale diverso. Che ciò sia vero non ne lascia dubitare la legge che presume intervenuta una tacita elezione di domicilio quando il convenuto chiamato davanti giudice incompetente non proponga *prima d' ogni altra istanza o difesa* la declinatoria del foro.[1]

L' elezione convenzionale di domicilio deve risultare da *prova scritta;*[2] era indispensabile una prova sicura, quale è quella che risulta da scrittura, per evitare ogni questione pregiudiziale sull' esistenza stessa dell' elezione di domicilio — La precedente legislazione che richiedeva l' *atto pubblico,*[3] procedeva forse con un rigore eccessivo, ma evitava un inconveniente, cui la nuova legislazione non ha pensato di provvedere — Facendo l' atto pubblico piena fede, nè potendosi altrimenti impugnare che colla querela di falso,[4] la competenza del giudice eletto per atto pubblico rimaneva sempre definitivamente stabilita. La scrittura privata invece non fa prova contro l' obbligato se non quando ne abbia riconosciuta la firma, o sia la firma legalmente considerata come riconosciuta:[5] laonde il convenuto potrebbe negando la propria firma mettere in questione la validità della scrittura e insieme l' elezione di domicilio[6] — Il quale inconveniente si può

[1] Art. 187 cod. pr. civ.
[2] Art. 19 cod. civ.
[3] Art. 75 cod. civ. sardo.
[4] Art. 1317 cod. civ.
[5] Art. 1321, 1322 cod. civ.
[6] In caso che l'obbligato neghi la firma si procede alla verificazione della medesima (art. 1323 cod. civ.); ma, posta in questione la competenza del giudice eletto, questo giudizio si deve fare secondo la regola generale davanti il giudice del domicilio del convenuto.

togliere col prescrivere in via di eccezione che, negata la firma, si possa alla verificazione della medesima procedere davanti il giudice del domicilio eletto.

Due sono gli effetti dell'elezione convenzionale di domicilio; l'una riguarda la *competenza* e l'altra la *procedura*. Il primo consiste nel rendere competente anche per *territorio* quel giudice che il sarebbe solo per *materia*, a pronunciare sulle controversie in contemplazione delle quali si è fatta l'elezione; [1] consiste l'altro nel dare facoltà alle parti di far seguire nel luogo del domicilio eletto le notificazioni di tutti gli atti giudiziali, non esclusa la citazione; i quali atti secondo il diritto comune dovrebbero essere notificati o alla parte personalmente o al suo domicilio reale [2] — Affinchè tuttavia possa produrre quest'ultimo effetto è d'uopo che l'elezione di domicilio sia fatta con indicazione della *persona* o dell'*uffizio* presso cui il domicilio fu eletto: nel quale caso si presumono le parti aver conferito alla persona indicata od alla persona che regge l'uffizio il mandato di ricevere le notificazioni in loro nome. Ma siccome il mandato s'estingue colla morte del mandatario; [3] così, venendo a morire la persona o trasferendo altrove l'uffizio presso cui si fece l'elezione di domicilio, viene pure a cessare l'effetto concernente la procedura. [4]

Si è elevato il dubbio se l'elezione di domicilio abbia per effetto di rendere incompetente il giudice del domicilio reale del convenuto — Crediamo doversi di regola preferire l'opinione negativa. L'elezione di

[1] Art. 95 cod. pr. civ.
[2] Art. 140 cod. pr. civ.
[3] Art. 1757 cod. civ.
[4] Art. 95 cod. pr. civ.

domicilio avendo in generale per effetto di sostituire un altro giudice al giudice più comodo pel debitore, non si può interpretare che in senso favorevole al creditore, il quale potrà in conseguenza rinunciare al domicilio eletto e proporre l' azione al foro del domicilio reale del convenuto, non rimanendo per questo deteriorata in guisa alcuna la condizione di quest' ultimo. E questa opinione sembra confermata dal testo della legge, in cui si dice che in caso d' elezione di domicilio l' azione *si può* proporre davanti l' autorità giudiziaria del domicilio eletto — Ma d' altro lato queste stesse considerazioni dimostrano che se o da una clausola del contratto, o dalle circostanze di fatto apparisce essersi l' elezione di domicilio fatta nell' interesse del convenuto, od almeno nell' interesse comune delle parti, come si dovrebbe presumere per esempio nelle obbligazioni bilaterali, il convenuto non potrebbe certo essere astretto ad accettare un giudice diverso da quello stato prescelto coll' elezione di domicilio. [1]

§ 75. Identità e Connessione di causa.

Cause identiche, cause connesse e cause diverse — Necessità di diversi giudizi per cause diverse e d' un giudizio unico per cause identiche — Sola identità di titolo — Sola identità di persone — Sola identità d' oggetto — Identità di persone e di titolo — Identità di persone e d' oggetto — Identità d' oggetto e di titolo — Effetti della connessione di causa rispetto alla competenza — Giudice competente per le cause connesse od identiche.

Quando due o più cause si trovano in tali relazioni fra loro che la decisione dell' una influisce sulla

[1] *V.* Boitard et Colmet-Daage, n°. 143. — Chauveau in Carrè, 270.

decisione dell' altra, ragion vuole che si riuniscano tutte nello stesso giudizio davanti il medesimo giudice, o tutte siano risolute con una sola sentenza — Ciò succede quando le cause sono *identiche* e quando sono *connesse*; perocchè quando le cause sono *diverse*, ciascuna di esse segue il suo corso secondo le regole generali di competenza e di procedura — E sono *identiche* le cause che hanno *identici* tutti gli elementi costitutivi; e *diverse* le cause che hanno tutti gli elementi costitutivi *diversi*; sono poi *connesse*, o *continenti* quelle che hanno insieme ed elementi identici ed elementi diversi. [1]

Che le *cause diverse* si debbano trattare separatamente in giudizi diversi, è cosa per sè stessa evidente; la riunione di causè che non hanno nulla di comune, in cui cioè sono diverse le persone, diverso l' oggetto e diverso il titolo, non che a vantaggio, tornerebbe a danno dei contendenti e ben lunge dall' agevolare incaglierebbe la regolare e pronta amministrazione della giustizia — Ma non v' è dubbio parimente che si debbono riunire in un solo giudizio e trattare davanti il medesimo giudice le *cause identiche;* perocchè le cause identiche, ossia quelle che hanno tutti gli elementi comuni, nella sostanza non costituiscono che *una sola e stessa causa*, per cui non occorrono certamente diversi giudizi. La moltiplicità dei giudizi per cause identiche moltiplicherebbe inultimente gli incomodi e le spese dei contendenti e, quel che è più, potrebbe far luogo a giudicati

[1] Gli elementi costitutivi d' una sono tre le *persone, l' oggetto* ed il *titolo* (art. 1351 cod. civ.) — Sulla connessione di causa *V.* il trattato del valentissimo M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa* ecc. p. 168-183.

contradittorii, impossibili talvolta ad eseguirsi [1] e funesti sempre a quel prestigio morale, in cui vuolsi mantenere costantemente l'autorità della cosa giudicata — Quando pertanto due cause identiche siano state promosse davanti due autorità giudiziarie, quando, per esempio, il creditore dopo aver proposto la sua azione al foro del domicilio eletto proponga la stessa azione al foro del domicilio reale del convenuto, si devono le due cause riunire in un solo giudizio davanti il medesimo giudice. [2]

Queste stesse considerazioni, che richiedono l'unificazione di cause identiche, consigliano pure la riunione delle *cause connesse*, quando la connessione sia tale che la decisione d'una causa influisca sulla decisione dell' altra. Come poi e quando ciò avvenga non è sempre agevole definire.

Volendo risolvere il quesito secondo i principii astratti crediamo potersi stabilire che la riunione di due o più cause in un solo giudizio davanti il medesimo giudice, sia una necessità solamente quando le cause dipendano dallo stesso titolo. Il che si farà manifesto esaminando brevemente le diverse ipotesi di cause connesse.

Le cause sono connesse o perchè hanno un solo, o perchè hanno due elementi identici. — E cominciando dalla prima ipotesi d'un solo elemento comune poniamo che due o più cause siano connesse per sola *identità di titolo*. Tal sarebbe, per esempio, il caso che col medesimo atto due o più persone abbiano assunto verso il medesimo creditore un' obbligazione *parziale* e *di-*

[1] Boitard et Colmet-Daage, I, 356.
[2] Art. 104 cod. pr. civ.

visibile, [1] e il creditore proponga contemporaneamente la sua azione contro i diversi debitori al foro del domicilio di ciascuno di essi. In questo caso abbiamo detto, la sola identità di titolo determina la riunione delle cause nel medesimo giudizio davanti il medesimo giudice. Imperocchè in questo caso può sempre davanti i diversi giudici venire in questione la *validità* del titolo comune a tutte le cause, questione che diversamente risolta darebbe luogo a giudicati contradittorii — Questa dottrina è confermata dal testo della legge. [2]

La sola *identità di persone* sarebbe insufficiente a determinare la riunione delle cause. Fra le stesse persone possono insorgere controversie talmente disparate, che ben lunge dal riunirle se disgiunte, si dovrebbero, se riunite, disgiungere. L' uno dei contendenti, per esempio, propone la rivendicazione d' un fondo, domanda l' altro a sua volta la ristituzione del mutuo. Chi vorrà sostenere che queste due controversie dipendenti da titoli e da principii diversi, da diverse prove e poco meno che estranee l' una all' altra si debbano trattare nel medesimo giudizio? Chi non vede invece che, riunendole, verrebbe l' una ad impedire od almeno a ritardare lo svolgimento naturale dell' altra?

Alla riunione delle cause parimente non si può far luogo per sola *identità dell' oggetto* — Il posses-

[1] Diciamo — *parziale* — perchè se l' obbligazione fosse *solidale* vi sarebbe anche identità d' oggetto — Diciamo — *divisibile* — perchè se l' oggetto fosse *indivisibile*, l' obbligazione si dovrebbe eseguire come solidale — *Ea quæ in partes dividi non possunt, solida a singulis..... debentur* — (L. 192 pr. *de reg. jur.* L. 17.)

[2] *V.* art. 98 cod. pr. civ.

sore del fondo è convenuto in giudizio da *Primo* che agisce coll' azione nascente da vendita fattagli dal proprietario, e contemporaneamente è convenuto in giudizio da *Secondo* che agisce coll' azione nascente da legato lasciatogli dal proprietario medesimo — È manifesto che la controversia cui può dar luogo la vendita è affatto indipendente da quella intorno al legato, e che la decisione dell' una non influisce in nulla sulla decisione dell' altra. Ciò non ostante la legge vuole l' unificazione delle cause per la sola identità dell' oggetto: [1] e perchè? forse il legislatore considerò che sebbene siano diversi i titoli invocati degli attori, il convenuto tuttavia potrebbe valersi contro i diversi pretendenti degli stessi mezzi di difesa, e così far luogo alla possibilità di sentenze contrarie. Certamente, quando ciò accadesse, si dovrebbero riunire le cause; ma si dovrebbero riunire non per l'*identità dell'oggetto*, sibbene per *identità di titolo*, di cui si vale il convenuto nei diversi giudizi.

Venendo ora alla seconda ipotesi che due siano gli elementi comuni delle cause, non v' è dubbio che si devono dapprima riunire le cause connesse per *identità di persone e di titolo*. Se l'identità di titolo basta da sè a determinare la riunione delle cause, anche quando diverse siano le persone, più opportuna ed utile ne tornerà la riunione quando all' identità di titolo s'aggiunga l' identità di persone. La legge ne porge un esempio nella *compensazione* e nella *riconvenzione*. [2]

La *riconvenzione* è una domanda che a sua volta

[1] Art. 66 cod. pr. civ.
[2] Art. 100-2°, 3° cod. pr. civ.

il convenuto fa all' attore; e può dipendere o dal titolo dedotto in giudizio dall' attore, o dal titolo che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione — La riconvenzione dipendente dal titolo stesso dedotto in giudizio dall' attore si può verificare in tutti gli atti producenti obbligazioni sinallagmatiche; così, il venditore chiede al compratore il pagamento del prezzo, e questi a sua volta chiede a quello la consegna della cosa; la domanda riconvenzionale si fonda in tal caso sul titolo stesso su cui si fonda la domanda dell' attore.

La riconvenzione può inoltre dipendere da titolo che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione; e ciò può succedere in occasione di proposta *compensazione.* La compensazione — *debiti et crediti inter se contributio* — [1] è nella sostanza un mezzo di difesa che equivale a pagamento: [2] il mutuante, per esempio, chiede la restituzione della somma mutuata; il mutuatario risponde che il suo debito è estinto per effetto di compensazione operatasi con un credito che il convenuto teneva verso l' attore. La legge in questo caso ravvisa nella compensazione due cause connesse che si devono trattare nel medesimo giudizio, [3] ma a torto; nella semplice compensazione havvi qualche cosa di più che una semplice connessione di causa, havvi *identità*; poichè come all' assalto corrisponde la difesa, la semplice compensazione non dà luogo ad una causa nuova, ma appartiene alla ca-

[1] L. 1 *de compens.*, XVI, 2.

[2] L. 3 *de compens.* XVI, 2 — *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere.*

[3] Arg. art. 100-2° cod. pr. civ.

usa stessa promossa dall' attore. Se non chè può accadere che il credito opposto in compensazione sia superiore a quello dell' avversario, e il convenuto, non limitandosi alla compensazione, domandi inoltre la condanna dell' attore al pagamento della somma eccedente. Allora si verifica il caso dalla legge contemplato di riconvenzione dipendente da titolo diverso da quello dell' attore, ma già appartenente alla causa principale come mezzo di eccezione; [1] nel qual caso vi sono due cause connesse per identità di titolo e di persone che si devono trattare nello stesso giudizio.

Stando al principio più sopra esposto non sarebbe necessaria la riunione delle cause quando sono connesse per *identità di persone e d' oggetto*; riuniti insieme questi due elementi non hanno maggiore importanza di quella, che loro si deve attribuire quando si trovano separati; imperocchè essendo diversi i titoli, non v' è pericolo di giudicati contradittorii. Tuttavia se non necessaria, in tal caso la riunione delle cause è utilissima, poichè i diversi titoli di cui si valgono l' attore od il convenuto per conseguire il medesimo intento, si possono ugualmente e forse meglio apprezzare nel medesimo giudizio, che in giudizi diversi; la moltiplicità dei giudizi non servirebbe che a moltiplicare gli incomodi e le spese dei contendenti. [2]

Ma la necessità di riunire le cause si fa nuovamente manifesta quando siano connesse per *identità d' oggetto e di titolo*: il che succede in caso di *garantìa* [3] —

[1] Art. 100-3° sod pr. civ.

[2] Intorno alla questione se, dopo aver fatto uso d' un titolo, si possa tra le stesse persone e pel medesimo oggetto proporre una nuova domanda fondata su titolo diverso V. BONNIER, *Traité des preuves*, n. 768-772.

[3] Art. 100-1° cod. pr. civ.

L' obbligo della garanzìa si verifica in molti casi; così, il venditore è tenuto a garantire al compratore la cosa venduta [1] — chi costituisce una dote è tenuto a garantire i beni in dote assegnati [2] — il donante stesso è tenuto in certi casi a garantire i beni donati [3] — il debitore principale è tenuto a garantire il fidejussore contro le molestie del creditore [4] — e poichè nell' obbligazione in solido siascuno dei condebitori è tenuto a pagare il tutto, salvo il regresso contro ciascuno degli altri per la sua porzione, [5] si può dire che i condebitori solidali sono garanti reciprocamente gli uni degli altri — In tutti questi ed in altri consimili casi la controversia principale e la controversia intorno alla garantia si devono riunire in un solo giudizio sotto pena d' esporsi al pericolo di sentenze contrarie.

La connessione di causa ha per effetto di derogare alle regole generali della competenza territoriale; ma non muta la competenza per materia nel senso che quel giudice il quale sarebbe per materia o valore competente a conoscere di una causa, diventi anche competente a conoscere dell' altra, che in ragione di materia o valore sarebbe attribuita a diversa giurisdizione. [6]

Vero è che *il giudice dell' azione è pure il giudice dell' eccezione*; ma questa regola vale solo finchè l' eccezione si tiene nei puri e stretti limiti della difesa; nel qual caso propriamente vi è una sola e stessa

[1] Art. 1481, 1482, 1484, 1498, 1542 cod. civ.
[2] Art. 1396 cod. civ.
[3] Art. 1077 cod. civ.
[4] Art. 1919 cod. civ.
[5] Art. 1193, 1198, 1199 cod. civ.
[6] Art. 100 pr. cod. pr, civ.

causa; ma dal momento che l' eccezione dà luogo ad una controversia nuova che per ragione di materia non sarebbe di competenza del giudice, davanti cui pende il giudizio, questi non può conoscere e sebbene connessa colla prima deve essere rinviata al tribunale competente — Il commerciante in derrate è convenuto davanti il tribunale di commercio dal proprietario del fondo che gli chiede il prezzo delle derrate vendutegli: il convenuto può difendersi opponendo che le derrate non gli sono ancora state cansegnate; ma non potrebbe uscire dai limiti della difesa e chiedere la consegna di esse, poichè l'azione contro il proprietario non appartiene alla giurisdizione commerciale [1] — Il commerciante conviene davanti il tribunale di commercio pel pagamento d'una lettera di cambio l' erede del traente o dell'accettante; il convenuto solleva la questione pregiudiziale negando la sua qualità d'erede; la questione sulla qualità ereditaria deve essere rinviata al tribunale civile; [2] lo stesso avviene nel caso che la questione sulla qualità ereditaria si presentasse come pregiudiziale in una azione proposta davanti il pretore [3] — E quello che dicesi della qualità d' erede dicasi delle eccezioni concernenti lo stato delle persone o di qualunque altra eccezione che non sia di competenza del giudice — In applicazione dello stesso principio i conciliatori ed i pretori conoscono delle azioni riconvenzionali che per materia o per valore siano nei limiti della loro competenza; in caso contrario non possono conoscerne, ma *devono* rinviare le

[1] Art. 724 cod. comm.
[2] Art. 723 in f. cod. comm.
[3] Arg. art. 81 cod. pr. civ. —

parti davanti il giudice competente per la riconvenzione, con questa particolarità che l' azione in riconvenzione trae anche seco l' azione principale [1] — Parimente i conciliatori ed i pretori conoscono della compensazione se il valore del credito opposto in compensazione non eccede i limiti della loro competenza, o se la compensazione si desume da credito non impugnato: in questo ultimo caso siamo ancora, come nel primo, nel diritto comune; poichè la compensazione risultante da titolo non contestato è una semplice eccezione, che appartiene al giudice dell' azione. Ma se il credito opposto in compensazione sia impugnato ed ecceda i limiti di loro competenza, i conciliatori ed i pretori *devono* rinviare le parti davanti il giudice competente per la compensazione, che parimente trae seco l' azione principale. [2]

Per vedere poi quale sia nel caso concreto il giudice competente per territorio a conoscere di due o più cause connesse proposte davanti giudici diversi, giova distinguere se l' una sia accessoria dell' altra, o no. Nel primo caso è competente per l' azione accessoria il giudice competente per l' azione principale, come accade nella garantìa, nella compensazione e nella riconvenzione; [3] in tutti gli altri casi è competente il giudice, davanti cui

[1] Art. 101 cod. pr. civ.

[2] Art. 102 cod. pr. civ. — Affinchè tuttavia non avvenga che il convenuto col pretesto della compensazione venga senza giusta ragione a distrarre dal giudice competente l' azione principale, la legge dà facoltà al conciliatore e al pretore di ritenere la causa principale e rimettere le parti al giudice competente per la decisione della controversia sul credito opposto in compensazione quando l' azione principale sia fondata su atto pubblico o giudiziale, scrittura riconosciuta o confessione giudiziale (*V.* art. 102 in f. cod. pr. civ.)

[3] Art. 99, 100 cod. pr. civ.

l'una di esse è stata preventivamente portata: il che si applica ugualmente al caso di due o più cause identiche, promosse davanti giudici diversi.[1]

§ 76. Regolamento della competenza.

Scopo del regolamento della competenza — Casi in cui vi si fa luogo — Conflitti di giurisdizione — Giudice competente a provvedere pel regolamento della competenza — Procedura.

Già sappiamo che nell' interesse dei contendenti e più ancora dell' amministrazione della giustizia non si possono fare due o più giudizi per la stessa causa o per cause connesse. Quando pertanto la stessa causa o due cause tra loro connesse siano promosse davanti due o più autorità giudiziarie, convien trovare modo di richiamarle tutte davanti il giudice competente secondo le regole più sopra esposte;[2] a questo scopo tende appunto ciò che suolsi chiamare il *regolamento della competenza*.[3]

Il *regolamento della competenza* non è altro che un mezzo più semplice e spedito per giungere a stabilire quale sia nel caso concreto il giudice competente, e certo non esclude la via ordinaria e più frequente, della *declinatoria del foro* — Appena dunque la stessa causa o due cause connesse sono promosse davanti due giudici diversi, la parte interessata può immediatamente far instanza pel regolamento della competenza, o, se ama meglio, sollevare la *declinatoria del foro*, interporre appello, se viene respinta, ed,

[1] Art. 104 cod. pr. civ. — La citazione determina la prevenzione.
[2] *V. sopra* § 75.
[3] Art. 108 cod. pr. civ.

ove d' uopo, ricorrere in cassazione [1] — Ma in quel modo stesso che la domanda pel regolamento della competenza non esclude la declinatoria del foro, questa parimente non esclude quella, così che si fa luogo al regolamento della competenza anche durante quel giudizio stesso in cui siasi già proposta la declinatoria del foro e prima che il giudice abbia pronunciato sulla medesima [2] — Che anzi al regolamento della competenza si fa luogo anche dopo che la declinatoria del foro sia stata in prima instanza od in appello rigettata dal giudice che insieme alla competenza non abbia deciso il merito della causa [3] — Quando poi il giudice pronunciando sulla competenza, abbia anche deciso il merito della causa, è d' uopo distinguere se la decisione sia emanata da giudice che sarebbe stato chiamato a provvedere pel regolamento della competenza, o no. In quest' ultimo caso la domanda in regolamento si potrebbe ancora proporre; nel primo invece è inammessibile; poichè non si può credere che il giudice nel regolare la competenza sia per emanare un provvedimento diverso da quello già dato pronunciando nel giudizio di merito. [4]

Col regolamento della competenza si vogliono più particolarmente evitare i conflitti di giurisdizione ed il conseguente pericolo di contrarietà di giudicati. Si

[1] Arg. art. 108 cod. pr. civ. — *V.* art. 187 cod. pr. civ.

[2] Art. 109 pr. cod. pr. civ. — La legge parla solo di declinatoria del foro *per litis pendenza*: ma evidentemente la legge si deve anche applicare al caso di declinatoria del foro *per connessione di causa.*

[3] Art. 109 cod. pr. civ. — Se la declinatoria del foro è accolta, il giudizio è terminato e cessa la causa per cui si fa luogo al regolamento della competenza.

[4] Art. 109 in f. cod. pr. civ.

deve dunque con ben più forte ragione aprire la via al regolamento della competenza quando il conflitto sia già divenuto una realtà, quando cioè due o più giudici siansi dichiarati competenti (conflitto positivo), o incompetenti (conflitto negativo) a conoscere di una controversia [1] o di controversie fra loro connesse, [2] sebbene trattandosi di cause connesse il conflitto non sia più così completo — Del resto vero conflitto propriamente si ha soltanto nel *conflitto positivo*; il *conflitto negativo* non è a rigore un conflitto; poichè, come già rettamente taluno osservò, se ripugna che due giudici diversi siano contemporaneamente competenti per la medesima causa, possono invece due od anche più giudici essere incompetenti a conoscere della stessa causa senza che in ciò vi sia contradizione — Ciononostante la legge apre anche in tal caso l'adito al regolamento della competenza non tanto per risolvere un conflitto che non esiste, quanto per trovare, come è indispensabile, il giudice competente a pronunciare nella causa. [3]

Il giudice competente a provvedere pel regolamento della competenza è quello *immediatamente superiore* per grado e per territorio ai giudici davanti cui le cause si trovano pendenti [4] — Poniamo, per esempio, che si tratti di due *conciliatori*, il giudice immediatamente superiore è il *pretore* se i conciliatori si trovano nel medesimo mandamento; è il *tribunale civile*,

[1] Art. 115 cod. pr. civ.

[2] Art. 104, 108 cod. pr. civ.

[3] Qui non parliamo dei conflitti tra l'autorità amministrativa e l'autorità giudiziaria, che alcuni chiamano *conflitti di attribuzioni*, (*V.* Boitard et Colmet-Daage, n. 519) e che si risolvono dal consiglio di stato (*V. sopra* § 58.)

[4] Art. 108 cod. pr. civ.

se non si trovano nello stesso mandamento ma nel medesimo circondario; è la *corte d' appello*, se non si trovano nello stesso circondario ma nello stesso distretto; è infine la *corte di cassazione*, se i conciliatori si trovano in distretti diversi — E lo stesso dicasi nel caso che il conflitto si susciti tra due pretori, tra due tribunali civili o commerciali, o infine tra due corti d' appello. Anzi lo stesso crediamo doversi dire nel caso che il conflitto venga ad elevarsi tra due giudici di diverso grado, come per esempio, tra un conciliatore ed un pretore, tra un pretore ed un tribunale civile. [1]

Rispetto alla procedura essa è semplicissima e quale conviene alla risoluzione d' un incidente preliminare. L' istanza pel regolamento della competenza si fa con *ricorso* al giudice superiore, [2] il quale trovando fondata la domanda, emana un decreto con cui ordina che il ricorso in un col decreto stesso sia notificato alla parte contraria, la quale può, se vuole, presentare un *controricorso* il tutto nei termini stabiliti nel decreto medesimo. [3] Decorsi i detti termini, siavi o no controricorso, l' istruzione si ha per compita in contradittorio e il giudice pronuncia sul regolamento di competenza [4] — Solo vogliamo a questo riguardo osservare che non ci sembra giustificato il sistema del-

[1] Ora che abbiamo ancora quattro corti di cassazione, quale di esse sarà competente nel caso che il conflitto sorga tra due giudici, dipendenti per territorio da corti di cassazione diverse, o da diverse supreme magistrature? — In tal caso sarà designata con *decreto reale* quale sia la suprema magistratura che deve decidere del conflitto (*V.* L. 21 Decembre 1862, n. 1014)

[2] Art. 110 cod. pr. civ.

[3] Art. 111 cod. pr. civ.

[4] Art. 114 cod. pr. civ.

la legge, che pronuncia la decadenza di diritto dalla istanza per regolamento della competenza contro il ricorrente che ommette di fare l'indicata notificazione nel termine stabilito. [1] Perchè chiudere in modo così assoluto la via più semplice, con cui si possono evitare i conflitti di giurisdizione, e la possibilità di sentenze contradittorie nell' interesse stesso dell' amministrazione della giustizia? Pare che l'esecuzione completa del decreto sarebbe sufficientemente guarentita, quando allo stato delle cose semplicemente si rigettasse il ricorso, aggiungendo tutt' al più una pena pecuniaria a carico del ricorrente.

§ 77. Ricusazione dei giudici

Differenza tra la ricusazione e la declinatoria del foro — Pericoli virtualmente contenuti nella ricusazione — Necessità di permettere le ricusazioni — Astensione del giudice — Ricusazioni perentorie — Ricusazioni motivate — Cause legali di ricusazione — Giudice competente per la ricusazione — Procedura.

Alla teoria generale dell'*ordinamento giudiziario e della giurisdizione civile* strettamente si connette l'argomento riguardante *l'astensione* e la *ricusazione dei giudici*.

La *ricusazione dei giudici* differisce dalla *declinatoria del foro* nel senso che mentre con questa si vuole evitare la giurisdizione del tribunale intiero, colla ricusazione invece si vogliono ripudiare come giudici uno o più membri componenti il collegio giudicante; ma, come si vede, nel caso di giudice unico

[1] Art. 112 cod. pr. civ.

gli effetti della ricusazione si confondono, sotto quest' aspetto, con quelli della declinatoria del foro. Se nonchè la differenza più spiccata tra l' una e l' altra concerne i motivi su cui si fondano; imperocchè mentre a fondamento della declinatoria del foro s' invoca la distribuzione fatta della legge della giurisdizione, ossia l' incompetenza dell' autorità giudiziaria, la ricusazione per contro si fonda su considerazioni personali al giudice, che sebbene competente, si ritiene tuttavia sospetto di parzialità.

La ricusazione pertanto può minacciare ad un tempo *l' interesse dell' avversario* allontanando dal giudizio il giudice, che pei suoi lumi e per la sua integrità offre forse migliori guarentigie d' una illuminata ed imparziale decisione; l' *interesse* del giudice che si vuol ricusare, e di cui potrebbe venir oscurato l' onore con una infondata accusa di parzialità; e infine l' *interesse pubblico*, che non può tollerare, si getti gratuitamente il sospetto sopra persone incaricate d' amministrare la giustizia a nome dello stato.

Ma d' altro lato quando si consideri, che anche il giudice non è affatto inaccessibile alle debolezze e passioni umane; che conseguentemente può trovarsi in pericolo il diritto del ricusante e insieme l'interesse della giustizia, la quale, novella moglie di Cesare, non deve mai essere sospettata, facilmente si comprende come le ricusazioni si debbano permettere e come siano state in ogni tempo permesse da tutte le legislazioni. [1]

[1] In Roma anticamente i giudici erano in generale designati dalle parti (*V.* L. 47, *famil. ercisc.*, X, 2 — L. 57, *de re judic.*, XLII, 1 — Cic. *pro Cluentio*, 43 — *Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione, cujusquam*

E poichè un uguale pericolo per l'amministrazione della giustizia potrebbe nascondersi nella troppo facile licenza, come nel rifiuto assoluto delle ricusazioni, ufficio del legislatore quello è di adoperarsi per eliminare ogni causa di ricusazione dalla parte del giudice e per prevenirne dalla parte dei contendenti i possibili abusi.

Quindi è che non solo il legislatore cerca di costituire ed ordinare l'autorità giudiziaria in guisa che resti nel miglior modo possibile assicurata generalmente la *rettitudine* del giudice, [1] ma per evitare il giudizio di ricusazione impone al giudice stesso l'obbligo di *astenersi*, occorrendo, dal giudicare. Il giudice chiamato a pronunciare in una controversia, quando possa credere con fondamento sospettata, per qualunque motivo, la sua imparzialità, deve *astenersene* per non mettere a repentaglio la sua dignità e insieme la dignità della giustizia. [2] L'astensione è abbandonata alla coscienza del giudice, quando la causa per cui s'astiene sia di quelle, per cui la legge espressamente autorizza la ricusazione; quando invece l'astensione si fonda su ragioni di convenienza che la legge non annovera fra i motivi di ricusazione, deve avere l'approvazione del tribunale; [3] e ciò a fine di impedire che il giudice sotto pretesto di sospetto cer-

sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset — Se le parti non erano d'accordo, si nominavano d'ufficio dal pretore; e in tal caso si faceva luogo alla ricusazione (*V.* Cic. in *Verrem*, II, 12; *de Orat.*, II, 70). Le ricusazioni erano pure ammesse sotto l'impero (Arg. L. 47 *de judiciis* V. 1 — L. 16 C. *de judiciis*, III, 1).

[1] *V. sopra* § 28.

[2] Art. 119 cod. pr. civ.

[3] Art. 119 in f. cod. pr. civ.

chi per avventura di sottrarsi all'adempimento del suo dovere.

Cionondimeno può accadere che un giudice ignaro del vero stato delle cose, o meno delicato nell'esercizio delle sue funzioni non s'astenga, anche quando siavi una giusta causa di sospicione: il diritto di ricusazione diventa in tal caso una necessità.

Le ricusazioni sono *perentorie* o *motivate*. Le *perentorie* meglio convengono ai giudizi penali che si trattano in *corte d'assise* coll'intervento del giurì: [1] nei giudizi civili non si potrebbero le perentorie ricusazioni permettere senza porgere alle parti troppo facile il mezzo di gettare, quando il vogliano, la perturbazione nell'amministrazione della giustizia. [2]

Le *ricusazioni motivate* invece devono sempre essere ammesse e nei giudizi penali e nei giudizi civili. Non si può non dare ascolto alla domanda della parte che propone la ricusazione d'un giudice quando ne adduce il motivo e si dice pronto a somministrarne la prova; l'istanza per la ricusazione si potrà accogliere o respingere secondo i casi, ma non si potrà senza pericolo della giustizia negare il diritto di farla giuridicamente apprezzare.

Si può dunque stabilire in principio che il giudice può essere ricusato sempre quando vi sia fondato motivo di dubitare della sua parzialità. Cionondimeno

[1] Art. 116, 117 della L. *sull' ord. giud.* — Anche a Roma erano in uso nei giudizi penali le ricusazioni perentorie V. Cic. *de Orat.*, II, 70 — Plin. jun., *Paneg.*, n. 36.

[2] Colla L. 23 vendemmiale anno IV si sono permesse in Francia le ricusazioni perentorie anche nei giudizi civili, ma v'era questa ragione speciale, che cioè i giudici essendo allora nominati dalle assemblee elettorali (*V. sopra* § 10), si potevano credere sospetti per ragioni politiche; il che rendeva indispensabili le ricusazioni perentorie.

sebbene molte, e direm quasi indefinibili, siano le cause di sospicione per lo svariatissimo intrecciarsi dei fatti e degli interessi umani; tuttavia per non aprir l'adito a troppo frequenti e meno pensate ricusazioni che possono offendere la dignità della giustizia, la ricusazione non si permette se non per cause che siano espressamente dalla legge determinate. [1]

Il giudizio per ricusazione del giudice non è che uno dei molti incidenti che possono insorgere nel corso dell'istruzione della causa principale; [2] ma è un incidente d'indole affatto speciale; imperocchè la questione non verte più, come negli altri casi, tra litigante e litigante, ma tra uno dei litiganti ed il giudice: il che trae seco una modificazione alle regole generali di competenza e di procedura. — Dapprima è manifesto che non può essere chiamato a pronunciare sulla ricusazione il giudice stesso che si vuol ricusare; quando però si tratta di ricusazione d'un giudice unico, è competente il giudice immediatamente superiore, e quando si tratta di ricusazione d'un giudice collegiale, è competente il collegio stesso, di cui fa parte il giudice che si vuol ricusare. [3]

Rispetto alla procedura havvi ciò di particolare che non si mette mai il giudice a contatto immediato col litigante; e l'instanza per la ricusazione e la ri-

[1] Art. 116 cod. pr. civ. — Le cause legali di ricusazione si possono ridurre alle seguenti: 1° l'*interesse* del giudice nella controversia (n. 1°) — 2° l'interesse del giudice estraneo alla causa (n. 4° e 5°) 3° l'affetto (n. 2°, 3°, 8°, 10°) — 4° l'odio e l'inimicizia (n. 6°, 7°, 11°) — 5° infine l'amor proprio del giudice (n. 9°) — *V.* tuttavia art. 117 cod. pr. civ.

[2] Rispetto al tempo in cui la ricusazione deve essere proposta *V.* art. 121, 122 cod. pr. civ.

[3] Art. 120 cod. pr. civ.

sposta del giudice si fanno col mezzo della cancelleria, [1] da cui si deve a suo tempo trasmettere la domanda al giudice competente in un coi documenti per la prolazione della sentenza. [2]

La ricusazione può essere proposta contro uno o più membri del collegio giudicante. [3] La legislazione francese tiene lo stesso sistema, se non chè, quando si tratta di ricusazione per *parentela* od *affinità* di due o tre membri dello stesso tribunale o corte, dà alla parte interessata la facoltà di chiedere il *rinvio della causa* davanti un tribunale diverso, [4] forse perchè si teme in tal caso che lo spirito di corpo eserciti sul collegio intiero una perniciosa influenza. Nella qual via non venne la legge francese seguita dal codice italiano; poichè il volere escludere gli altri giudici, quand' anche non vi sia a loro riguardo alcun giusto motivo di ricusazione, sarebbe gettare sulla loro onestà un gratuito ed infondato sospetto. Ben può avvenire anche nel sistema del codice che la causa sia rinviata dall' uno all' altro giudice, dall' uno all' altro tribunale, come quando si tratta di ricusazione d' un conciliatore o d' un pretore, [5] e, quando trattandosi di ricusazione di più giudici dello stesso tribunale, non vi rimanga

[1] Art. 121, 124, 129 cod. pr. civ. — Dal momento che è comunicata al giudice la domanda di ricusazione rimane sospeso il corso della causa — La ricusazione del resto non ha effetto sugli atti anteriori (Art. 131 cod. pr. civ.)

[2] Art. 125 cod. pr. civ. Dalla sentenza che pronuncia sulla ricusazione è ammesso l' appello, salvo che si tratti di ricusazione d' un conciliatore e d' un pretore (art. 128 cod. pr. civ.)

[3] Arg. art. 126 cod. pr. civ.

[4] Art. 368 cod. proc. civ. franc.

[5] Salvochè le parti siano d' accordo di portare la causa davanti il supplente del giudice ricusato.

TITOLO IV.

GIURISDIZIONE CIVILE INTERNAZIONALE.

§ 78. Nozioni generali.

La giurisdizione dei tribunali nazionali s' estende anche agli stranieri — Non osta il fatto della coesistenza di più politiche associazioni — Sovranità e suo uffizio nelle relazioni internazionali — Diritti che si devono riconoscere e proteggere negli stranieri — Società primitive — Stati moderni — Progresso del diritto internazionale — Sistema della legge.

Che il *cittadino* vada soggetto alla giurisdizione del suo paese d' origine, non può esser dubbio; ma per noi, che crediamo all' unità della specie umana come a verità omai acquistata alla scienza, [1] e conseguentemente ad una legge sola che governa tutta l' umanità, [2] è pur fuori di controversia, doversi e-

[1] Intorno all' origine dell' uomo vi sono gravi dissensi fra i naturalisti; ma, allo stato attuale degli *esseri organizzati,* in ciò quasi tutti convengono, che cioè le *razze umane* non sono specie diverse d'un genere, ma varietà permanenti d' una specie unica. — Sull' unità della specie umana, *V.* GIUSTINIANO NICOLUCCI, *Delle razze umane saggio etnologico,* Napoli 1857 — A. DE QUATERFAGES, *Unité de l' espéce humaine,* Paris 1861 — *V.* in senso contrario M. A. GOBINEAU, *Essai sur l' inegalité des races humaines,* Paris 1853.

[2] Solo per tal guisa si può concepire il *diritto* che include virtualmente l' idea di uguaglianza; imperocchè ammetten-

stendere la protezione dell'autorità giudiziaria nazionale allo straniero di qualunque paese, quando si tratta di diritti fondamentali dell'uomo e di corrispondenti obbligazioni, o di diritti ed obbligazioni che risultino dall'esplicazione immediata dei diritti fondamentali.

Lo scindersi dell' umanità in varie separate associazioni è un fatto, che sembra indicato dalla stessa natura, che in regioni ben nettamente definite distribuì la superficie della terra; ed è vieppiù rafforzato dai bisogni particolari delle associazioni stesse, fra le quali, come fra gli individui, si producono delle naturali ineguaglianze per effetto d'una attività più o meno vigorosa, che si venga presso ciascuna di esse svolgendo.— Ma questo fatto non infirma il dominio della legge suprema dell' *umanità*, che pone tutti gli uomini sul piede d'una perfetta uguaglianza giuridica, induce fra tutti un vincolo di fratellanza e d'amore e tutti solidariamente unisce in un comune destino — Gli interessi particolari di ciascuna associazione voglionsi colla miglior cura e sollecitudine promuovere e difendere; ma in quella guisa stessa, che nelle moderne politiche società gli interessi delle associazioni minori non nocciono agli interessi generali dello stato, gli interessi dei diversi stati non sono e non possono essere in contradizione cogli interessi generali dell'umanità.

Ciascuna associazione si personifica in una autorità superiore, che prende nome di *sovranità*, e suolsi dire che la sovranità è una, suprema ed indivisibile —

do razze umane diverse, e in consegnenza diverse leggi, diventerebbe inevitabile il confronto dell'una coll'altra specie, e inevitabile il sacrifizio della specie inferiore a profitto della specie superiore e più eccellente.

Questo è vero nel senso che la sovranità è l'apprezzatrice suprema dei bisogni dell'associazione che dirige, e dei mezzi che si credono migliori per procurarne il soddisfacimento; ma nello stesso tempo non vuolsi dimenticare che la sovranità anzitutto non è, e non può essere che il fedele interprete e lo strumento della legge della giustizia universale, alla cui osservanza deve costantemente cooperare e nelle relazioni interne e nelle relazioni internazionali.

Deriva da tutto ciò che allo straniero non si può guarentire il godimento dei diritti, nè imporre l'adempimento delle obbligazioni, che dipendono dalla qualità di *cittadino*, ossia dei *diritti politici* e delle corrispondenti *obbligazioni*; e quanto ai diritti invece derivanti dalle obbligazioni che hanno il loro fondamento nella qualità d'*uomo*, ossia quanto ai *diritti* ed alle *obbligazioni civili* gli stranieri devono essere ai cittadini *parificati*, [1] avere dovunque la protezione della legge, ed, ove d'uopo, dell'autorità giudiziaria. [2]

[1] Art. 15, *Dispos. prel.* al Cod. civ. — Art. 3 cod. civ. Diciamo *parificati*, poichè è manifesto che loro non si potrebbero concedere diritti che lo stato per considerazioni politiche od economiche non concede ai cittadini. — I corpi morali esteri per noi potrebbero invocare diritti maggiori o diversi da quelli, che hanno i corpi morali esistenti nello stato.

[2] L'umanità progredisce lentamente verso l'attuazione di questi principii; e percorre nel suo laborioso cammino una scala ascendente, nel cui ultimo gradino l'attuazione diverrebbe intiera, Si presenta dapprima l'individuo, poi il comune, lo stato, la nazione e infine l'umanità.

L'uomo barbaro, predominato dell'istinto della vita materiale, considera sè stesso come il centro di tutto ciò che lo circonda e vorrebbe far servire a sè solo le cose, non meno che le persone altrui; colle stesse tendenze si costituisce la

Se poi i diritti e le obbligazioni degli stranieri debbano essere regolati dalle leggi del regno, ovvero dalle leggi del paese cui per origine appartengono, è uno dei più gravi problemi di diritto intenazionale

famiglia primitiva; colle stesse tendenze più tardi si forma la tribù, ossia il comune, che è la prima forma delle politiche associazioni — In questo periodo le relazioni estere, ossia le relazioni tra tribù e tribù, sono in stato di permanente ostilità: l'una vede nell'altra un nemico che si deve distruggere. Ma a poco a poco gli interessi economici, che esercitano in ogni tempo tanta influenza sugli ordini politici, e talvolta la necessità della difesa contro un nemico più potente, loro fanno comprendere la maggior convenienza di mantener relazioni amichevoli e di riunirsi, occorrendo, e fondersi in una più estesa associazione, che, salvi gli interessi particolari di ciascuna, meglio valga a tutelarne gli interessi comuni. Così, la solidarietà degli interessi modifica ed unifica le associazioni minori in una associazione maggiore e più estesa; e sorge lo *Stato.*

Costituito lo stato, gli individui, le famiglie, le tribù nelle relazioni estere scompaiono; il centro che si crede destinato a dominare, è l'associazione nuova, ossia lo stato, che spiegherà in questo senso un'azione tanto più vigorosa, in quanto è divenuto, per la riunione dei mezzi delle associazioni minori, più saldo e potente. In questa condizione di cose le relazioni tra stato e stato cominciano pure per essere ostili; non è rispettata la proprietà, non la persona dello straniero; il vinto in guerra si può mettere a morte; ed è già un notevole progresso se si conserva in vita per farlo schiavo del vincitore.

A misura tuttavia che progredisce la coltura e che meglio s'apprezzano i bisogni e gli interessi reciproci dei diversi stati si vien pure a mano a mano mutando la base del diritto legale interstatario. — All'ostilità si fa sottentrare la cortesia — *comitas gentium* — Il diritto delle genti non è ancora *diritto*; cionondimeno ad alcuni stranieri si fanno già speciali concessioni che assumono nella legislazione apparenza di privilegi. L'esperienza ed il cresciuto incivilimento dimostrano più tardi che anche gli stranieri sono capaci di diritti; tuttavia il loro esercizio non è ancora riconosciuto, se non in quanto

privato, per la cui soluzione molti sistemi s' imaginarono e che non è di questo luogo esaminare. [1] Per quel che attiene al nostro assunto basta ritenere che, come abbiamo già detto, gli stranieri e per l'esercizio dei loro diritti e per l'adempimento delle loro obbligazioni, negli indicati limiti, cadono pure sotto la

venga contemplato e regolato da speciali convenzioni. Qui comincia il periodo dei *trattati*, che segnano un manifesto progresso nelle relazioni estere; poichè la convenzione è già la consecrazione in fatto dell' uguaglianza delle parti contraenti, e suppone un vincolo obbligatorio comune che ha la sua radice nella legge superiore della giustizia universale.

Le mutue concessioni che si scambiano gli stati coi trattati producono i loro benefici frutti, e fanno ben presto splendere luminosa la verità dell' uguaglianza giuridica degli uomini e delle politiche associazioni — E da questo momento deve anche cadere il sistema della *reciprocità* che accompagna in generale i trattati internazionali e per cui nei casi da questi non regolati si concedono agli stranieri quei diritti che nel paese cui appartengono, sono concessi ai nazionali. La reciprocità è certo un generoso invito a tutti i popoli ad ottenere colla maggior larghezza l'attuazione dei principii del diritto internazionale, ma nella sostanza è una *ritorsione di diritto* poco efficace rispetto allo stato estero, e ingiusta sempre rispetto al privato che deve subirne le conseguenze — Intorno a questo progresso ascendente delle associazioni umane *V.* un dotto ed elegante articolo dell'illustre prof. C. ALBICINI nella *Rivista bolognese*, anno 1867, fasc. V., pag. 457-470.

[1] *V.* l' esposizione di questi diversi sistemi in PESCATORE *La Logica del diritto* p. 311-349 — La nuova legislazione non fa più menzione della distinzione generalmente ricevuta degli statuti in *personali, reali* e *misti*; ciò vuol dire che non l' ha più voluta adottare, almeno nel senso che le viene dagli scrittori generalmente attribuito; e che le dà invece un' estensione diversa, e, crediamo, più conforme ai principii — E per vero lo *stato* e la *capacità* delle persone ed i *rapporti di famiglia*, come sarebbero per es., i rispetti vi diritti dei coniugi, la patria podestà, l' usufrutto, i diritti agli alimenti e simili, sono regolati dallo *statuto personale*, ossia dalla legge del paese, cui essi apparten-

giurisdizione dei tribunali nazionali; e che la competenza e le *forme del procedimento* sono regolate dalla legge del luogo *in cui segue il giudizio* e i *modi di esecuzione* dalla legge del luogo in cui si procede alla medesima. [1]

gono (art. 6 *Disposiz. prelim. al cod. civ. V.* tuttavia art. 102 cod. civ.) — E come alla famiglia si collegano intimamente le *successioni*, dallo *statuto personale* è pur regolato l'ordine dei successibili e la misura dei diritti successorii, la validità intrinseca (art. 8 ivi), la sostanza e gli effetti delle disposizioni testamentarie e delle donazioni (art. 9 ivi). — Infine allo *statuto personale* vanno pure soggetti, sebbene non in senso assoluto, i *beni mobili*, ovunque si trovino, secondo l'antica massima — *ossibus hærent* — (art. 7 ivi). I *beni immobili* vanno soggetti allo *statuto reale*, vale a dire alle leggi del luogo dove sono situati, da chiunque siano posseduti (art. 7 in f. ivi). In quanto alle *obbligazioni* si presumono le parti, per quel che ne concerne la *sostanza*, gli *effetti* e le *prove*, essersi riferite allo *statuto misto* ossia alla, legge del *luogo* dove presero origine, e se le parti appartengono ad uno stesso paese, alla loro legge nazionale, ossia allo *statuto personale*. Ma questa non essendo che una semplice presunzione, sarà sempre permessa la prova contraria, aver cioè le parti voluto assoggettare l' obbligazione ad una legge diversa (art. 9 e 10 ivi); per es. alla legge del luogo, in cui deve essere l' obbligazione eseguita — Lo *statuto misto* è poi più specialmente applicabile alle *formalità estrinseche* degli atti tra vivi e di ultima volontà secondo la regola — *locus regit actum* — che è quanto dire che gli atti fatti e validi secondo la forma prescritta dalla legge del luogo ove seguirono, sono validi dappertutto. Il che tuttavia è solo una facoltà, poichè i disponenti o i contraenti potrebbero sempre seguire le forme della loro legge nazionale, quando questa sia comune a tutte le parti (art. 9 pr. ivi.)

[1] Art. 10, dispos. prel. al cod. civ.

§ 79. Titoli, per cui gli stranieri van soggetti ai tribunali dello stato.

Principio generale — Diritto comune — Nazionalità del convenuto — Diritto eccezionale — Domicilio o residenza e dimora del convenuto — Situazione della cosa — Contratto od altro fatto producente obbligazioni — Reciprocità.

Abbiamo veduto che in principio gli stranieri van soggetti alla giurisdizione del loro paese d'origine ed insieme alla giurisdizione dei tribunali nazionali. Ciò posto, quand'è che gli stranieri dovranno essere convenuti davanti i tribunali della loro patria? quand' è che potranno essere convenuti davanti i tribunali del regno? — Se non andiamo errati, qui ci troviamo in quella stessa condizione di cose in cui c' imbattiamo quando si deve cercare il tribunale competente per territorio tra due contendenti del medesimo stato domiciliati in luoghi dipendenti da diverse giurisdizioni; crediamo perciò che quei titoli stessi che servono a determinare la competenza territoriale nelle relazioni interne, [1] servano pure in generale a determinare la competenza dei tribunali nelle relazioni private internazionali con questa sola differenza, che ai diversi titoli di competenza territoriale se ne aggiunge in questo caso un nuovo, la *nazionalità.*

La *nazionalità* è un elemento importantissimo, e costituisce in quest' argomento il diritto comune; imperocchè nei tribunali del suo paese lo straniero rimette intera la sua fiducia; egli è certo che troverà in essi sempre tutta quella imparzialità, che forse

[1] *V. sopra* § 69-75.

teme non gli venga usata da un tribunale straniero; oltre a ciò al convenuto nel suo paese torna più comodo e meno dispendioso il litigio: del che si deve tenere gran conto a fronte d'una domanda non ancora giustificata, per cui si vorrebbe tradurre davanti un tribunale estero. Si può dunque stabilire che lo straniero deve per regola generale essere convenuto davanti i tribunali del paese, cui appartiene.[1] In questo senso la regola — *actor sequitur forum rei* — è anche applicabile alla competenza internazionale.

Siccome per altro non si tratta che di competenza per territorio, la quale dipende dalla volontà delle parti; così in via d'eccezione alla regola enunciata lo straniero potrà essere convenuto davanti i tribunali dello stato sempre quando alla giurisdizione di questi siasi espressamente o tacitamente assoggettato.[2]

Nel caso d'una dichiarazione o d'un patto esplicito, con cui lo straniero abbia accettato la giurisdizione dei tribunali nazionali, non vi può essere difficoltà; in caso diverso conviene ricorrere alle circostanze di fatto e vedere se da queste si possa dedurre essersi lo straniero alla giurisdizione dei tribunali nazionali assoggettato.

Se lo straniero tiene *domicilio* o *residenza* nello stato, ciascun vede che potrà sempre essere convenuto davanti i tribunali del regno; nello stato ha lo straniero il centro de' suoi affari od almeno il suo soggiorno abituale; esercita i suoi diritti sotto la protezione della legge e dei tribunali nazionali ; è giusto però che si trovi anche soggetto alla giurisdizione

[1] Arg. art. 105, 106 cod. pr. civ.

[2] *V.* SAVIGNY, VIII p. 174 e p. 366.

dei tribunali nazionali per l' adempimento delle sue obbligazioni, dovunque del resto queste obbligazioni siano contratte. [1]

La semplice *dimora* non è per sè stessa titolo di competenza territoriale nelle relazioni interne: [2] e sembra che lo stesso si dovrebbe dire nelle relazioni internazionali, quando il convenuto abbia domicilio o residenza conosciuta: tuttavia la legge largheggiando in favore dei nazionali stabilisce che la sola presenza temporanea dello straniero nello stato valga a radicare la competenza dei tribunali nazionali, ancorchè si tratti di obbligazioni contratte all' estero, purchè lo straniero sia ivi citato in persona propria. [3]

La *situazione della cosa* è pure un titolo di competenza internazionale. Quando si tratta di azioni reali petitorie o possessorie di qualunque sorta riguardanti beni immobili si può avere una più pronta, più facile e meno dispendiosa soluzione della controversia nel luogo in cui sono gli immobili situati — Se i beni pertanto sono situati nello stato lo straniero, dovunque abbia il suo domicilio, potrà essere convenuto davanti i tribunali nazionali — Se non che abbiamo veduto che nelle relazioni interne le azioni reali mobiliari sono parificate alle personali e si propongono al foro del domicilio del convenuto; [4] ciò non succede più nelle relazioni internazionali: anche le

[1] Art. 106-1° cod. pr. civ.
[2] *V. sopra* § 69 in f.
[3] Art. 106-2° cod. pr. civ.
[4] *V. sopra* § 46.

azioni reali mobiliari si mantengono distinte dalle personali, e lo straniero può essere convenuto davanti i tribunali nazionali anche quando si tratti di azioni concernenti beni mobili esistenti nello stato. [1]

Altro titolo di competenza internazionale è il *contratto* od altro *atto* producente un' obbligazione. Se l' obbligazione dello straniero ebbe origine da contratto od atto seguito nello stato potrà pure essere convenuto davanti i tribunali del regno; e lo stesso è a dirsi nel caso che l' obbligazione debba avere nello stato la sua esecuzione: [2] si deve in siffatti casi con tutto fondamento presumere, essersi lo straniero assoggettato eventualmente alla giurisdizione del luogo in cui l' obbligazione fu contratta, o deve essere eseguita.

Ultimo titolo di competenza internazionale è la *reciprocità* — Per questo titolo lo straniero può sempre essere convenuto davanti i tribunali nazionali in tutti quei casi in cui un nostro connazionale potrebbe essere convenuto davanti i tribunali del paese cui lo straniero appartiene. [3] Così, la legge francese dichiara che lo straniero può essere tradotto davanti i tribunali di Francia pel fatto solo che lo straniero abbia contrattato con un francese: [4] pel fatto solo però che un francese abbia contrattato con un italiano, dovunque sia seguito il contratto, potrà il francese per diritto di reciprocità essere tradotto davanti i tribunali d'Italia — La disposizione della legge francese non è

[1] Art. 105-1° cod. pr. civ.
[2] Art. 105-2° cod. pr. civ.
[3] Art. 105-3° cod. pr. civ.
[4] Art. 14 in f. cod. civ. francese.

conforme ai principii; [1] e la reciprocità stabilita dalla legge italiana non è in questo caso che una dura ritorsione di diritto.

§ 80. Tribunale competente rispetto allo straniero davanti i tribunali dello stato.

Tribunale competente per materia — Codice albertino — Tribunale competente per territorio.

Ora che sappiamo quando lo straniero può essere tradotto davanti i tribunali nazionali, dobbiamo cercare quale sia in ciascun caso fra i molti che vi sono nel regno il tribunale competente per *materia* e per *territorio.*

Quanto alla competenza per *materia* nulla è mutato: lo straniero segue sotto quest'aspetto il tribunale che sarebbe competente se la controversia s' agitasse tra cittadini e cittadini: dovrà però comparire davanti il conciliatore, o il pretore, o il tribunale civile o il tribunale di commercio o infine davanti altro tribunale competente per materia secondo le regole più innanzi esposte. [2]

[1] *V.* MARDADÉ, *Explic. du cod. nap.* n. 137 « L'étranger consent tacitement à être jugè par un tribunal de France, lorsqu' il se dèrange pour venir contracter en France avec un français. Mais il est clair qu'on n'en peut pas dire autant du second cas. Un étranger qui demeure à cinqcents lieues de la France, que le français a ètè trouver dans son pays pour contracter avec lui, et qui, peut-etre, n'est jamais sorti et ne pensait jamais sortir de sa province, ne peut pas être rèputè avoir consenti a être jugè en France. »

[2] *V. sopra* § 57-66.

Il codice albertino avea stabilito una competenza speciale; voleva cioè che la cognizione della controversia fosse riservata al *senato,* ossia, come ora si dice, alla *corte d'appello,* [1] forse perchè credevasi che un tribunale più elevato avrebbe in ogni caso pronunciato coi voluti riguardi internazionali — Questa disposizione creava un privilegio per gli stranieri, e nello stesso tempo toglieva alla controversia il beneficio del doppio grado di giurisdizione: meritamente pertanto non venne più accolta nella posteriore legislazione.

Anche per quel che concerne la competenza per *territorio* si seguono in generale le regole stesse di competenza stabilite pei cittadini. Le azioni personali e le azioni reali mobiliari, che sotto quest' aspetto sono nuovamente pareggiate alle personali, si devono proporre al foro del *domicilio* o della *residenza* dello straniero se lo straniero ha domicilio o residenza nello stato; le azioni reali immobiliari e tutte le azioni possessorie si devono proporre al foro *rei sitæ ;* le azioni contrattuali al foro *contractus,* o *destinatæ solutionis*; le azioni per la resa dei conti al foro *rei gestæ ;* le azioni infine fra i soci e le azioni successorie al foro della società e dell' aperta successione [2] — Che se con nessuno di questi titoli si possa stabilire il tribunale competente, allora a conoscere delle azioni personali e reali mobiliari sarà per territorio competente l' autorità giudiziaria del luogo in cui l' *attore* ha domicilio o residenza, [3] per la ragione che questo è, se non altro, il tribunale di uno dei contendenti [4] —

[1] *V.* art. 31 in f. cod. civ. albert.
[2] Arg. art. 107 cod. pr. civ.
[3] Art. 107. in f. cod. pr. civ.
[4] MARCADÉ, *Explic. du cod. nap.* n. 138.

Siccome poi anche in quest'argomento alla presunta prevale la volontà espressa delle parti; così, qualora sia intervenuta un'elezione espressa di domicilio, l'azione potrà essere proposta al foro del domicilio eletto.

FINE

ERRORI CORREZIONI

PAGINA	LINEA	ERRORE	CORREZIONE
85	28	giudiziare	giudiziarie
90	32	*judiciarie*	*judiciaire*
92	13	del	dal
96	15	dalla	della
98	8	del sen	dal sen
98	23	*orgenisation*	*organisation*
99	2	plurità	pluralità
115	3	amministativo	amministrativo
125	11	luogni	luoghi
161	33	*penali*	*pœnali*
162	2	l' esercita	esercita
164	12	od	ed
169	14	nell'	all'
176	35	DURANTOR	DURANTON
183	16	dei	dai
285	16	*gestore*	*gestor* e
288	5	promessa	promossa
291	18	dovuto	dovute
297	30	una	una causa
300	12	degli	dagli
419	23	per noi	per es., non